This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HDI
HL OEOW 2

HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 3 1930

Eigenthum

des

Leipziger Architekten-Vereins.

[illegible]

[illegible]

Lei[illegible] Vereins.

Leipziger Verein.

Monatsschrift

für

Handelsrecht und Bankwesen

Steuer- und Stempelfragen

(Neue Folge der Monatsschrift für Aktienrecht)

Begründet von Justizrat **Dr. Paul Holdheim,** Frankfurt a. M.

Herausgegeben von

Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn,** Frankfurt a. M.

Sechszehnter Jahrgang

Leipziger Verein.

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1907
Printed in Germany

SEP 3 1930

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Berlin W. 8.

9/3/30

Eigentum

des

Leipzi[illegible] Vereins.

A. Inhalts-Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

I. Aufsätze und Übersichten.

Abraham, Dr. Hans Fritz, Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht. II. Die Sanierung 4, 63, 90, 111.

Breit, Rechtsanwalt Dr. James, Scheckvertrag, Guthaben und Schadensersatz 277.

Das preußische Einkommensteuergesetz in seiner jetzigen Gestalt 199.

Freund, Hermann, Zur Frage des § 1333 des österr. allgemeinen BGB. 68, 92.

Fuchs, Rechtsanwalt Ernst, Philologische und soziologische Rechtsprechung, I. Das Wesen der neuen Methode 181, II. Das Reichsgericht und die neue Methode 188.

— Protokolljustiz, Pandektologie und Rechtswissenschaft, I. Unser Zivilprozeß und die geplante Novelle 305, II. Beweisregeln und Beweisfreiheit 309, III. Die Psychologie der Aussage 314, IV. Beweisprotokolle und Vernehmungskunst, V. Pandektologie und Rechtswissenschaft 323.

Fuld, Rechtsanwalt Justizrat Dr., Die Fusionierung von Versicherungsgesellschaften und die Versicherten 1.

Geiling, Dr. Rudolf, Begriff, Bedeutung und Tragweite der Entlastung (Decharge) 220, 248.

Heilbrunn, Rechtsanwalt Dr., Kleine Aktien 160.

Heubner, Dr., Gilt der § 30 ZPO. für die Leipziger „Vormesse"? 158.

Hirsch, Gerichtsassessor Dr. Karl, Rechtliche Bedeutung einer gemäß § 326 BGB. gestellten zu kurz bemessenen Nachfrist 11.

Juhulsen, Rechtsanwalt Dr. E. H. P., Beschränkung des Weiterverkaufs von Waren nach englischem Recht 37.

Josef, Rechtsanwalt Dr. Eugen, Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen: Die Einwirkung des Offizialöschungsverfahrens auf die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister 134. Der Nachweis der Rechtsnachfolge und die Auskunftspflicht der Beteiligten gegenüber dem Registerrichter 139. Die Legitimation zur Beschwerde gegen die Löschung einer Firma 292.

Marcus, Landgerichtsrat Dr., Die Klage des Gesellschafters einer G. m. b. H. auf deren Auflösung durch Richterspruch 9.

— Ist der Registerrichter bezw. das instanzmäßig übergeordnete Landgericht befugt, gegen eine Gesellschaft m. b. H., weil deren Personen-Firma eine erschlichene, bezw. gegen das Wettbewerbsgesetz verstößt, das Verfahren auf Löschung der Firma zu eröffnen? 48.

— Einige Bemerkungen betreffend die Reform des Wechselprotestes 91.

— Die Gesellschaftskündigung seitens des Gläubigers eines Gesellschafters und deren Rechtsnatur gemäß § 725 BGB., § 135 HGB.: 133.

— 1) Ist der Prokurist zur Gründungsbeteiligung bei der Gesellschaft m. b. H. ohne besondere Vollmacht als legitimiert anzusehen? § 49 HGB. § 2 Abs. 1 RG. betr. die G. m. b. H. 2) Ueber die Grenzen des Ordnungsstrafrechts des Registergerichts § 14 HGB. 3) Die Bedeutung des Widerrufs der Gesellschaftsanmeldung seitens eines der Gesellschafter §§ 106, 108: 149.

— 1) Hat der Registerrichter bei der Anmeldung der Prokurenbestellung einer Aktiengesellschaft ein Prüfungsrecht, ob bei jener die satzungsmäßige Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt war? 2) Einfluß der erfolgten Prokureneintragung beim Gericht der Hauptniederlassung auf die Entscheidung des Richters der Zweigniederlassung 303.

— Zum Recht des Rückgriffs des Versicherers auf den Schadensstifter, insbesondere bei der Unfallversicherung. Bemerkungen zu den Entwürfen eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag 295.

Meyn, Reichsgerichtsrat, Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906: 77, 101, 109, 153, 237, 283, 342.

Pricken, Dr., Die Zwangsvollstreckung in den Inhalt eines Kassenschrankfaches (safes) 297.

Silberschmidt, Oberlandesgerichtsrat Dr. W., Handelsrechtliche Streitfragen. 1. Zur Kaufmannseigenschaft der juristischen Personen 213.

Wertheimer, Rechtsanwalt Dr. jur., Das Erfinderrecht der Angestellten und seine Reform 53.

Zander, Rechtsanwalt, Deutsche Handelsgebräuche 270.

Ziegler, Dr. Eugen von, Zur Frage nach der Rechtsnatur der Emissionskonsortien 25.

II. Literatur.

(Die Namen in Klammern bezeichnen den Besprecher.)

Berolzheimer, Dr. Fritz, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. 4. Bd. Philosophie des Vermögens einschließlich des Handelsverkehrs (von Dr. Marcus) 49.

Finger, Landgerichtsrat, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. 5. 96 nebst dem Recht an Namen (§ 12 BGB.) und § 826 BGB (von Landgerichtsrat Dr. Marcus) 151.

Goldmann, Justizrat S., Das HGB. vom 10. 5. 97 erläutert mit Auslassung des Seerechts (von Neukamp) 49.

Leonhard, Franz, Erfüllungsort und Schuldort (von Landgerichtsrat Dr. Marcus) 178.

Schaps, Landrichter Dr. G., Das deutsche Seerecht (von Dr. Max Mittelstein) 23.

III. Sonstige Beiträge.

Anzeigen 24, 52, 76, 100, 128, 152, 180, 212, 236, 276, 304, 348.

Aus der handelsrechtlichen Praxis 12, 40, 72, 98, 120, 142, 212, 232, 274, 299.

Aus der Praxis des Handelsregistergerichts 19, 48, 149, 303.

Eingänge 23, 76, 100, 128, 235.

Kleine Mitteilungen 24, 100, 234, 276.

Literatur 23, 49, 76, 100, 128, 276, 304, 347.

Preisausschreiben 180.

IV. Urteile des Reichsgerichts.

I. Zivil-Senat.

10. 11. 06 56/06 S. 12;
10. 11. 06 47/06 S. 15;
10. 10. 06 133/06 S. 43;
24. 10. 06 127/06 S. 44;
20. 10. 06 371/06 S. 44;
29. 9. 06 460/06 S. 72;
6. 10. 06 38/06 S. 74;
20. 10. 06 141/06 S. 98;
15. 12. 06 213/06 S. 120;
24. 11. 06 156/06 S. 121;
29. 9. 06 92/06 S. 122;
19. 11. 06 451/06 S. 123;
5. 1. 07 210/06 S. 124;
5. 1. 07 308/06 S. 128;
19. 11. 06 144/06 S. 142;
9. 1. 07 263/06 S. 142;
5. 1. 07 325/06 S. 143;
27. 3. 07 407/06 S. 146;
13. 3. 07 360/06 S. 147;
20. 3. 07 365/06 S. 148;
1. 5. 07 452/56 S. 167;
11. 5. 07 522/06 S. 167;
13. 5. 07 450/06 S. 171;
6. 2. 07 311/06 S. 171;
13. 3. 07 349/06 S. 172;
6. 10. 00 196/00 S. 172;
13. 4. 07 406/06 S. 175;
15. 5. 07 458/06 S. 274;
22. 6. 07 467/06 S. 299;
8. 6. 07 334/06 S. 299;
18. 9. 07 572/06 S. 299.

II. Zivil-Senat.

4. 12. 06 206/06 S. 46; 29. 5. 07 436/06 S. 212;
4. 1. 07 286/06 S. 47; 30. 4. 07 33/07 S. 233;
28. 9. 06 83/06 S. 75; 23. 4. 07 449/06 S. 233;
26. 2. 07 373/06 S. 144; 21. 6. 07 61/07 S. 233;
19. 4. 07 445/06 S. 146; 31. 5. 07 67/07 S. 275;
19. 4. 07 414/06 S. 164; 25. 6. 07 93/07 S. 300;
5. 4. 07 392/06 S. 165; 17. 9. 07 131/07 S. 301;
4. 6. 07 44/07 S. 169; 1. 10. 07 122/07 S. 301;
4. 1. 07 60/07 S. 169; 1. 10. 07 171/07 S. 302;
12. 4. 07 427/06 S. 170; 4. 6. 07 57/07 S. 303;
1. 5. 07 428/06 S. 170; 16. 2. 06 252/05 S. 342.
14. 5. 07 31/07 S. 170;

V. Zivil-Senat.

16. 2. 07 293/06 S. 173.

VII. Zivil-Senat.

3. 1. 05 252/04 S. 77; 2. 3. 06 282/05 S. 157;
15. 12. 05 136/05 S. 77; 21. 7. 06 633/05 S. 237;
26. 9. 05 614/04 S. 78; 28. 4. 05 450/04 S. 237/8
10. 7. 06 555/05 S. 81; 11. 4. 05 399/04 S. 239;
2. 2. 06 479/05 S. 83; 11. 4. 05 415/04 S. 239;
16. 3. 06 366/05 S. 84; 26. 9. 05 618/04 S. 239;
21. 11. 06 91/05 S. 85; 16. 5. 05 578/04 S. 243;
27. 4. 06 389/05 S. 85; 10. 4. 06 301/05 S. 243;
24. 1. 05 290/04 S. 87; 23. 11. 06 56/06 S. 245;
6. 4. 06 356/05 S. 88; 31. 3. 05 405/04 S. 245;
18. 4. 05 444/04 S. 89; 12. 10. 06 33/06 S. 245;
18. 4. 05 121/05 S. 89; 1. 5. 06 398/05 S. 246;
10. 3. 05 363/04 S. 101; 24. 11. 05 95/05 S. 247;
4. 4. 05 412/04 S. 101; 28. 9. 06 629/05 S. 283;
23. 10. 06 625/05 S. 101; 26. 5. 05 607/04 S. 284;
10. 1. 05 263/04 S. 102; 5. 10. 07 11/06 S. 284;
10. 4. 06 361/05 S. 103; 30. 10. 06 17/06 S. 284;
5. 10. 06 11/06 S. 103; 3. 1. 05 253/54 S. 285;
23. 11. 06 56/06 S. 103; 30. 10. 06 9/06 S. 285;
26. 9 05 618/04 S. 104; 28. 3. 05 399/04 S. 285;
5. 5. 05 481/04 S. 104; 7. 11. 05 01/05 S. 285;
7. 4. 05 420/05 S. 105; 7. 3. 05 336/04 S. 286;
7. 2. 05 310/04 S. 107; 10. 1. 05 263/04 S. 288;
5. 10. 06 11/06 S. 108; 10. 3. 05 S. 290;
4. 4. 05 412/04 S. 108; 4. 4. 05 412/05 S. 291;
4. 4. 05 66/05 S. 109; 7. 4. 05 420/05 S. 292;
17. 11. 05 68/04 S. 111; 26. 5. 05 607/04 S. 342;
30. 5. 05 74/03 S. 129; 28. 4. 05 450/04 S. 343;
27. 6. 05 562/04 S. 129; 5. 5. 05 481/04 S. 343;
23. 11. 06 56/06 S. 129; 30. 10. 06 17/06 S. 343;
17. 11. 05 68/05 S. 130/1 7. 4. 05 420/05 S. 343;
28. 4. 05 450/04 S. 132; 23 10. 06 625/05 S. 343;
13. 7. 05 591/04 S. 132; 7. 2. 05 310/04 S. 343;
26. 6. 06 552/05 S. 153; 16. 6. 05 178/05 S. 345;
30. 5. 05 74/03 S. 154; 12. 5. 05 479/04 S. 346;
9. 10. 06 594/05 S. 155; 19. 11. 07 352/07 S. 347.

Des Hans. OLG. zu Hamburg ZS. II 206.

V. Gesetzesregister zu den vorstehenden Urteilen.

a. Bürgerliches Gesetzbuch.

§	Seite	§	Seite	§	Seite
90	172	276	233	462	233
92	245	242	168	477	48, 146,
116–118	17	311	130		169, 170
117	125	313	132, 237	480	233
119	210	326	72, 233	717	15, 17
123	127, 164	333	147	738	155
133	212	397	46	826	44
157	142, 168,	398	243	873	243
	171	413	243	925	243
138	44, 170	414	46	929	147
169	147	433	99	1012	243
181	121	455	99	1015	243
209	167	458	99	1017	243
269	146	459	170, 233		

b. Handelsgesetzbuch.

§	Seite	§	Seite	§	Seite
4	142	188	125	355	75
28	146	189	125	356	75
40	275	195	79ff., 125	373	72, 73
107	274/5	199	79ff.	377	48
109	274/5	200	125	430	148
120	274/5	247	121	450	147
123	144	262	79ff.	456	42
131	18	278	79ff.	459	41
142	155	281	125	477	47
133	168	294	130	655	149
145	18	303	130	846	173
179	125	346	48, 142	951	149
184	79ff.				

c. Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 395, 424 S. 42 Art. 90 274
„ 110, 112 „ 144 „ 31 275
„ 396 „ 148

d. Binnenschiffahrtsgesetz.

§ 26 S. 148

e. Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899.

§ 71, 66, 74, 77 S. 41
§ 75 42

f. Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 137 S. 154

g. Gesetz betr. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

§ 105, 108 S. 175

h. Intern. Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Art. 30, 31 S. 40 ff.
41 43

i. Konkursordnung.

§ 17, 139, 146 S. 98 ff.
54 145
82, 83, 106, 107 176

k. Zivilprozeßordnung.

§§ 29, 56, 274	S. 45	§ 139	S. 122, 132
§§ 38, 40	S. 46	§ 549	S. 149
§§ 890, 920, 936	S. 73	§ 72	S. 167
§§ 565	S. 74	§ 286	S. 170
§§ 268	S. 98	§ 139	S. 233

l. Reichsstempelgesetz vom 14. Juni 1900.

§ 6 Abs. 2 und 3, § 18 S. 77
Tarif No. 4 S. 77
„ „ 1a S. 78ff.
„ „ 1c S. 84
„ „ 2a S. 85
„ „ 4a S. 85, 87, 88
„ „ 5 S. 89
§ 11, 13 S. 88

m. Preußisches Stempelgesetz vom 21. Juli 1895.

A. Gesetzestext: § 1. Urkunde als Gegenstand der Besteuerung. § 2. Stempelpflicht der im Stempelauslande errichteten Urkunden über Geschäfte, die im Stempelinlande zu erfüllen sind. § 2. Stempelpflicht der im Stempelauslande errichteten Urkunden über Geschäfte, die im Inlande zu erfüllen sind 101. § 3. Maßgeblichkeit des Inhalts einer Urkunde für deren Stempelpflichtigkeit 102. § 3 Abs. 2. Stempelpflichtigkeit bedingter Rechtsgeschäfte. § 9 Abs. 2. Stempelfreiheit der ersten Ausfertigung einer Notariatsverhandlung. § 10 Abs. 1. Versteuerung der in einer Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte über mehrere, verschiedenen Steuersätzen unterliegende Gegenstände 103. § 10 Abs. 2. Selbständige Besteuerung eines jeden von mehreren verschiedenen, in einer Urkunde

enthaltenen steuerpflichtigen Geschäften. § 10 Abs. 2. Mehrheit selbständiger Geschäfte oder Abs. 3, Vorliegen eines aus mehreren Bestandteilen bestehenden einheitlichen Geschäftes 104. § 10 Abs. 2 do. 105. do. 107. § 13 d. Haftbarkeit der Inhaber einer mit dem gesetzlichen Stempel nicht versehenen Urkunde für die Stempelsteuer 107. § 16. Gebrauch der im Stempelauslande errichteten Urkunden im Stempelinlande 108. § 25. Erstattung bereits verwendeter Stempel. § 26. Rechtsweg 109. § 36. Ausführungsbestimmungen des Finanzministers 111.

B. Tarif. Tarifst. 2. Abtretung von Rechten. Tarifst. 2. Abtretungsstempel. Tarifst. 8 Abs. 1. Auflassungsstempel 130. Tarifst. 8 Abs. 3. Auflassungsstempel 131. Tarifst. 8 Abs. 3. Auflassungsstempel. Tarifst. 22 l. Genehmigung zum Betriebe von Privatanschlußbahnen 132. Tarifst. 25 c. Gesellschaftsverträge, Sach-Einbringen. Tarifst. 25 d. Gesellschaftsverträge, Auflösung von Gesellschaften, Abs. 1 und 2. Tarifst. 25 d. Gesellschaftsverträge, Anwendbarkeit auf Gewerkschaften. Tarifst. 25 d. Gesellschaftsverträge 157. Tarifst. 32. Kauf- und Tauschverträge. Tarifst. 32. 237ff. Tarif 36: Leibrentenstempel 283. Tarifst. 67. Vergleich. Tarifst. 71 Nr. 1. Wiederaufhebung eines früheren stempelpflichtigen Vertrags 342. Tarifst. 71 Nr. 2. Allgemeiner Stempel für Verträge über vermögensrechtliche Gegenstände. Tarifst. 73. Vollmachtsstempel. Tarifst. 77. Amtliche Zeugnisse in Privatsachen. Befreiungsvorschrift 346.

n. Berggesetz vom 24. Juni 1865.
§ 96 S. 156

B. Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten).

Eigentum
Leipzig ... Vereins.

A

Abtretungsstempel 129.
Actio depositi 98.
Aktie, System der kleinen Aktie 160.
— Teilung nach deutschem Rechte ausgeschlossen 161.
Aktien, sog. schwere 160.
— Wertminderung keine Verschlechterung der Sache im Sinne des § 848 BGB. 171.
Aktienamortisation zur Beseitigung der Unterbilanz 68.
Aktienmissionsagio 113.
Aktiengesellschaft, ob der Registerrichter bei Anmeldung einer Prokurenbestellung ein Prüfungsrecht bezw. der Zustimmung des Aufsichtsrats hat 303.
Aktiengesellschaften, Simultangründungen 124; Versteuerung 179.
— Prüfung des Gründungsherganges 234.
— Anwendung des § 31 BGB. auf dieseben 299.
Aktienzeichnung, sog. Strohmänner sind wahre Zeichner 125.
Akzept und Kredit, sog. revolvierender 173.
Alleinrecht, volles, und Einzeleigentum 31.
Amortisationsfonds, landschaftliche, Steuerfreiheit der Zinsen 200.
„Angehörige" 313.
Angestellte einer Firma als Erfinder 54.
Annahmeverzug des Patentinhabers, Selbsthilfeverkauf 72.
Anschaffungsgeschäft, Begriff 34.
Anschaffungsstempel 85, 87, 88.
Anteilzertifikate, Handel in solchen 161.
Arglistige Täuschung Begriff 164.
Auflassungsstempel 129 ff.
Aufsichtsrecht, sog. 1.
Aussage, Psychologie 315.

B

Bank und Scheckaussteller 277.
Bankier, gewerbepolizeiliche Kontrolle 162.
Baumeister, Kaufmannseigenschaft 301.
Bedingte Rechtsgeschäfte, Stempelpflichtigkeit 103.
Begebungskonsortien 26.
Begründung, allgemeine juristisch-theoretische 253; besondere praktische 259.
Bergrechtliche Gewerkschaft, Leistungen von Zubuße seitens der Mitglieder 112.
Beschwerde gegen die Löschung e ner Firma 292.
Bestätigungsschreiben, Bedeutung des Schweigens darauf 142.
Besteuerung, selbständige, eines jeden von mehreren verschiedenen, in einer Urkunde enthaltenen steuerpflichtigen Geschäftes 104.
— auf der Grundlage der Vergangenheit 202.
Beteiligung am Geschäfte eines andern, Begriff 142.
Beweisprotokolle 319.
Beweistheorie, sog. formelle 310.
Beweiswürdigung, freie 323.
Bibelgesellschaften entbehren der Kaufmannseigenschaft 215.
Bilanz, Strafbestimmungen wegen Fälschung und Verschleierung 249.
Binnenschiffahrtsgesetz und die Hamburger Everführerbedingungen 147.
Blankettformulare der Reichsbank 279.
Bodenfreiheit der durch den „Retter" gereinigten Kartoffeln 270.

C

Condominium pro indiviso 32.

D

Darlehnsvermittelungsagenten 162.
Darlehnsvertrag in Oesterreich 93.
Depositen und Scheckguthaben 278 ff.
Detaillistenverträge in England 38.
Dialektverschiedenheit, Bedeutung im Prozeß 317.
Domizilwechsel, Giltigkeit trotz der Bemerkung in dem im Domizil richtig gegen den Domiziliaten erhobenen Protest, daß der Protest gegen den Wechselschuldner erhoben sei 122.
Domizil- und Zahlstellenwechsel, Gleichstellung im Entwurf 91.
Dommage moral 188.

E

Effektenstempel der für den Handelsverkehr bestimmten Schuldverschreibungen 85.
Ehemaklerlohn 281.
Eid, sog. richterlicher 312.
Einbringungsgeschäft 154.
Einkaufsvereinigungen gelten nur als Kaufleute, wenn ihre Form als Genossenschaft oder Aktiengesellschaft darauf hinweist 217.
Einkommen aus Kapitalvermögen 203.
Einspruch, der, in allen Sachen bis 3000 Mk. Einkommen 204.
Einzeleigentum und volles Alleinrecht 31.

Eltern und Voreltern steuerpflichtig 219.
Emissionskonsortien, Rechtsnatur 25.
Emissionsstempel bei Sanierung der Aktienurkunde 63.
Emissions-, Effektenstempel, Entrichtung bei jungen Aktien, A. im Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften 78, B. im Falle der Übernahme der jungen Aktien durch ein Konsortium 81.
Emissionssteuer, Entrichtung bei Kapitalerhöhung 111.
England, Suspenslisten 38.
Entlastung, Begriff 220, Anspruch auf Entlastung 221, Grundlagen und Voraussetzungen der Entlastung im allgemeinen 224; Wirkungen der Erteilung und Verweigerung 226.
— Bedeutung und Tragweite im besondern 248.
— Wirkung für erkennbare Tatsachen 259; für nicht erkennbare Tatsachen 262.
— Begrenzung der Tragweite 268.
Entlastungsbeschluß, Anfechtbarkeit 231.
Englisches Recht, Weiterverkauf von Waren 38.
Entlöschungshafen, Ablieferung der Ladung seitens des Befrachters auf Verlangen des Empfängers 148.
Erbanfallsteuer 218.
Erbbaurecht, Immobiliarveräußerungsstempel 243.
Erbschaftssteuergesetz, das deutsche, 217.
Erfinder, drei verschiedene Klassen 53.
Erfinderehre, Nennung des Erfinders als solchen in dem Patent, das einem anderen erteilt wird 61.
Erfinderrecht und Patentgesetz 53.
Erfindung, Vereinigung des Erfinders mit Geldgebern vor der Patentierung 172.
— Veräußerungsstempel für die gegen Entgelt erfolgende Uebertragung des Rechts zur Benutzung einer patentfähigen, aber noch nicht patentierten Erfindung 243.
Erfüllungsort beim Verkauf einer schwimmenden Ladung 146.
Erheblichkeit und Wichtigkeit eines Geschäfts 263.
Erwerb von Todeswegen, Steuerobjekt 218,
Etablissementserfindungen 56.
Everführerbedingungen, Hamburger 147.

F

Fabrikanten, Konvention von Fabrikanten 44.
Fideikommißanfälle, Besteuerung 218
Firma, Legitimation zur Beschwerde gegen die Löschung einer Firma 292.
Firmen, Führung mehrerer und kombinierter Firmen 19.
Flußversicherung, Uebernahme der havarierten Ware zum Fakturenpreise 299.
Fragezettel, private 306.
Französische analytische induktive Jurisprudenz 314.
Freie Beweiswürdigung 323.
Fünf-Zehntelgebühr, sog. 306.
Fusionierungen von Versicherungsunternehmungen 1.

G

Garantie, Übernahme beim Kauf; rechtlicher Charakter solcher Garantie 169.
Garantieversprechen in der Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht zu erblicken 300.
Gastwirteverein, Untersagung des Ausschänkens von 2/10 und 4/10 Liter Bier den Mitgliedern gegenüber 44.
Gattungskauf, kurze Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Käufers 146.
Gelegenheitsgesellschaft 31.
Gemeinschaftseigentum zu gesamter Hand und Gesellschaftsvermögen 31.
Generalversammlung, Stellung als entscheidendes und richtendes Gesellschaftsorgan 257.
Genossenschaften, Art und Weise der Vorschußberechnung im Konkurse der Genossenschaften 175.
Genußscheine, Gewährung 9.
Geschäfte, Mehrheit selbständiger Geschäfte 105.
Geschäftsschulden, Uebernahme 245.
Geschmacksmustergesetz, Schutz des Urhebers einer Erfindung 53.
Gesellschaft m. b. H. mit erschlichener Personen-Firma 48.
— ob der Prokurist zur Gründungsbeteiligung ohne besondere Vollmacht als legitimiert anzusehen ist 149.
Gesellschaften m. b. H., Verträge über Beteiligung an Gewinn und Verlust eines Geschäftsanteils 43.
— Umfang der Haftung der vor Eintragung der Gesellschaft in deren Namen handelnden Gesellschafter 46.
— Besteuerung 200.
Gesellschaften ohne Gesellschaftsvermögen 31.
Gesellschafter einer G. m. b. H., Klage und deren Auflösung 9.
Gesellschafts-Anmeldung, Widerruf seitens eines Gesellschafters 151.
Gesellschaftsgrundstück, Auflassung bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft 276.
Gesellschaftskündigung seitens des Gläubigers eines Gesellschafters 133.
Gesellschaftsvermögen und Gemeinschaftseigentum zu gesamter Hand 31 ff.
Gesellschaftsverträge nach Tarifstelle 25 c. 153; nach Tarifstelle 25 d. 154 ff.
Gewerbebetrieb, Zulässigkeit der Untersagung auch juristischen Personen gegenüber 21.
Gewerkschaften, Anwendung der Gesellschaftsverträge auf diese 155.
Gläubiger, das Interesse an der Vertragserfüllung und das Interesse an dem ihm geschuldeten Gegenstande 233.
Grundsätze für die Tragweite der Entlastung, allgemeine Grundsätze 250, besondere 253.
Grundstücks-Veräußerungsverträge, Stempelpflicht privatschriftlicher Grundstücksveräußerungsverträge 237 ff., ob ein lästiger Grundstücksveräußerungsvertrag, durch den beide Vertragsteile sich einander wechselseitig Grundstücke überlassen, einen Tauschvertrag oder zwei Kaufverträge enthält 238.

H

Halbe, Viertels- und Achtelreform 307.
Hamburger Everführerbedingungen 147.
Handelsgeschäft, Kaufstempel bei Veräußerung 244.
Handelsgewerbe, der Betrieb nur dann kein gewerbsmäßiger, wenn es für jedermann offensichtlich ist, daß die Absicht des Gewinnes fehlt 213.
Handelskammer zu Hamburg, Jahresbericht über 1906: 24.
Handelsrechtliche Streitfragen 213.
Handelsübung im Verkehr unter Vollkaufleuten und zwischen einem solchen und einem Minderkaufmann 142.
Haushaltsbesteuerung, Aenderungen 202.
Havarierte Ware, Uebernahme durch den Versicherer zum Fakturenpreise 299.
Heiratsvermittelungsagenten 162.
Herberge zur Heimat kein wirtschaftlicher Betrieb 215.
Honorierungsanspruch des Scheckinhabers 280.
Hüttenzechen, zum Syndikat gehörig, Entnahme der Kohlen von ihren auch nicht dazu gehörigen Kohlenzechen 12.
Hypothekengeschäfte, Vermittelung im regulären Betriebe des Bankgewerbes 162.

I

Immobiliarverträge, Vermittelungsagenten 162
Immobilisierung der Aktie 160.
Industriepapiere, Entwertung 160.
Inland im Sinne des Stempelsteuergesetzes 246.
Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr 40.
Interpretationsbeweis 311.
— mehrtägige Verzögerung der Ablieferung der Güter 120.
Intuition 320.
Juristen, psychologische Ausbildung 317.
Juristische Personen, Kaufmannseigenschaft 213.

K

Kalibohrgesellschaft, Zulässigkeiten der Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage 299.

Kapitalerhöhung, Entrichtung der Emmissios-, Schlußnotensteuer und des Landesstempels 111.
Kapitalvermögen, Einkommen aus Kapitalvermögen 203.
Kartoffelhandel unter Vereinbarung eines Gutgewichts von 2% 270.
Kassakäufe, ob der Verkäufer eine Untersuchung der noch nicht genehmigten Ware gestatten muß 233.
Kassenschrankfach, Rechtsnatur des Mietens 297.
Kaufmännische Verpflichtungsscheine nach Tarifstelle 58, 290 ff.
Kaufmannseigenschaft der juristischen Personen 213.
Kauf auf Probe, Kaufstempel 244.
Kauf- und Tauschverträge, Stempelpflicht privatschriftlicher Grundstücks-Veräußerungsverträge 237
Kinderprivileg, Abänderung des bisherigen 202
Kleine Aktie, System 160.
Kohlensyndikat, Rheinisch-Westfälisches, Entnahme der Kohlen seitens der zum Syndikat gehörigen Kohlenzechen 12.
Kommanditgesellschaft, Aufrechnung einer rückständigen Kommanditeinlage gegen eine Regreßforderung des Kommanditisten 144.
Kommanditist, Klage auf Herausgabe seiner Einlage 167.
Konfektionsbranche, Schiedsgericht 176.
Konkurrenzfirma, Gewährung von Geld und Kredit an eine Konkurrenzfirma 74.
Konkurrenzklausel, Uebergang der Rechte daraus auf den Käufer des Geschäfts 128.
— Beteiligung an dem Geschäfte eines anderen 142.
Konkurs der Genossenschaft, Aufstellung der Vorschußberechnung 175.
Konossementsklauseln 1, bez. unverzüglicher und ununterbrochener Annahme, 2, bez. der Kosten der Verwiegung der Ladung 149.
— zum Verladen und Umladen der Güter 171
Konsortialverträge 27.
Konsortien, Emissions- 25.
Konsumvereine, Besteuerung 200.
Konvention von Fabrikanten zu bestimmten Zwecken geschlossen, ob als Gesellschaft oder als Verein anzusehen 44.
Kunstfehler, Fachbegriff 265.
Kursstützungskäufe 35.
Kuxe, Stempelabgabe von Einzahlungen auf Kuxe 84.

L

Landesgesetzliche Besteuerung, Ausschluß solcher Geschäfte, die nach Tarif Nr. 4 des RStempG. steuerpflichtig sind 77.
Landesstempel, Entrichtung für Kapitalerhöhung 111.
Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke, Bewertung 219.
Lehnanfälle, Besteuerung 218.
Leibrentenstempel 283 ff.
Leipziger Messen, Neuregelung 158.
Lesefklubs, sog., 31.
Lieferung franko Waggon, Klausel 206.
Lohnvertrag in Oesterreich-Ungarn 95.

M

Matrikularbeiträge 217.
Memoirenliteratur, sog. 311.
Messen, Leipziger, Neuregelung 158.
Messen und Märkte nach § 30 ZPO. 158.
Mißerntevorbehalt 177.

N

Nachfrist, zu kurz bemessen 11.
— Nichtgewährung seitens des Gläubigers bei endgiltiger Weigerung des Schuldners bez. der Erfüllung 302.
Nachlaßbesteuerung 218.
Notariatsurkunden nach Tarifst. 45 284.
Notariatsverhandlung, Stempelfreiheit der ersten Ausfertigung 103.

O

Obst- und Gemüsekonservenbranche, Schiedsgericht 176.
Offene Handelsgesellschaft, Begriff 143.
— Vereinigung mit einer anderen O. H. behufs Uebertragung des Stammteils 17.
— Entziehung der Vertretungsbefugnis eines von zwei Gesellschaftern 20.
— Uebernahme der Verbindlichkeiten eines früheren Gesellschafters seitens des jetzigen Geschäftsinhabers bei Auflösung der O. G. 146.
— Versagung des Reservefonds durch Gesellschaftsvertrag den ausscheidenden Mitgliedern gegenüber; Schaffung stiller Reserven 274: Auflassung eines Gesellschaftsgrundstücks bei Auflösung 276
Offizialöschungsverfahren, Einwirkung auf die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister 134.
Ordnungsstrafrecht des Registerrichters, Grenzen 150.
Oesterreich, Schutz des Erfinders 54.
— geplante Neuregelung des gesetzlichen Zinsfußes 68.
— Darlehnsvertrag 93.

P

Pacht- und Mietverträge nach Tarifst. 48 284.
Pandektologie 323.
Patentgesetz und Erfinderrecht 53.
Patentinhaber, Uebertragung der Herstellung der patentierten Ware an einen anderen 72.
Pflichtteile, Besteuerung 218.
Pfundaktie als Trägerin des britischen Imperialismus 160.
Philologische Auslegung der Zivilprozeßordnung 307.
Präsentationsfrist, siebentägige, 280.
Prinzip der Mündlichkeit 306.
— der Unmittelbarkeit 306.
Private Fragezettel 306.
Privatanschlußbahnen, Genehmigung zum Betriebe 132.
Prokurenbestellung einer Aktiengesellschaft, ob der Registerrichter ein Prüfungsrecht bez. der Zustimmung des Aufsichtsrats hat 303.
Protokollwahrheit 308.
Psychologie der Aussage 314.

R

Rechnungslegung, Art und Wesen 254.
Rechtsgeschäfte, Stempelpflichtigkeit bedingter Rechtsgeschäfte; Versteuerung der in einer Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte über mehrere, verschiedenen Steuersätzen unterliegende Gegenstände 103.
Rechtsmittel, durchgreifende Aenderung 204.
Rechtsnachfolge, Nachweis gegenüber dem Registergericht 139.
Rechtsschutzanspruch 309.
Rechtswissenschaft, in Wahrheits- und Rechtserforschung bestehend 324.
Reichsbank, Einlösung von Schecks 279.
Reserven, Schaffung stiller Reserven bei der offenen Handelsgesellschaft 274.
Retter, sog., zum Reinigen von Kartoffeln 270.
Revolvierender Akzept-Kredit, d. h. bei Deckung sich jeweilig erneuernd 173.
Rheinisch-Westfälisches Kohlensyndikat 12.
Rücktrittserklärung vom Vertrage 170.
Rücktrittsrecht wegen nicht pünktlicher Zahlung 165.

S

Sach-Einbringen, Einzahlen der Stammeinzahlungen 153.
Sachmengen, Stempelfreiheit der Veräußerung der im Betriebe eines der Vertragschließenden hergestellten 247.
Saxon, Mithilfe der Bank beim Oeffnen 298.
Sanierung, Wesen und Begriff 4; Grundformen 5; Kombinationsformen 7.
Sanierungen von Versicherungsunternehmungen 1.
Schadensersatzanspruch gegen den Reeder eines Schiffes, Verjährung 166.
— des Schecknehmers 281.
Schadensstifter, Rückgriff des Versicherers auf denselben 295.
Scheck, kein, ohne Scheckvertrag 277.
Scheckaussteller und Bank 277.

Scheckbegebung, wirtschaftlicher Zweck 277.
Scheckgutbaben 278.
Scheckvertrag, Rechtsnatur 278.
Schenkung unter einer Auflage, Wesen 286.
Schenkungen unter Lebenden steuerbar 218, außerdem 285 ff.
Schiedsgerichtsordnungen für die Textil-, Konfektion- und Wäschebranche, sowie für die Obst- und Gemüsekonservenbranche 176.
Schiedsgutachten 177.
Schlußnotenstempel und Anschaffungsgeschäft 66; für Ausreichung des Genußscheines 67.
Schlußnotensteuer für Kapitalerhöhung 111.
Schrankfachvertrag, Rechtsnatur 297.
Schuldanerkenntnis 220.
Schuldübernahme 220.
Schuldverschreibungen, Effektenstempel der für den Handelsverkehr bestimmten Schuldverschreibungen 85, außerdem 288.
Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben, Bedeutung 142.
Schwere Aktien, sog. 160.
Selbsthilfeverkauf der patentierten Ware im Falle des Annahmeverzugs des Patentinhabers nach Maßgabe des § 373 HGB. 72.
Sicherstellung von Rechten nach Tarifst. 59 292.
Sparkassen haben Kaufmannseigenschaft, so lange sich Absicht auf dauernden Gewinn nachweisen läßt 217.
Spiel und Wette, Ansprüche aus 281.
Spieleinlagen bei öffentlich veranstalteten Ausspielungen von Waren, Stempelpflicht der Ausweise über Spieleinlagen 89.
Spielschecks 281.
Spitzen, sog., beim Austausch von Aktien 66; Verwertung durch Verkauf an dritte Personen 68.
Staat, der, bezüglich der dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen ein Gewerbetreibender 214.
Stempel, Erstattung bereits verwendeter Stempel 109.
Stempelausland, Gebrauch der daselbst errichteten Urkunden im Stempelinlande 108.
Stempelfreiheit der von Aszendenten an Deszendenten erfolgenden Veräußerungen 245.
Stempelinland, Befreiung der im Stempelinland hergestellten und erzeugten Sach- und Warenmengen von Stempeln 246.
Stempelpflicht der im Stempelauslande errichteten Urkunden, die im Inlande zu erfüllen sind 101.
Steuerpflichtig, Erweiterung des Kreises 200.
Stempelsteuer, Haftbarkeit eines jeden Inhabers einer mit dem gesetzlichen Stempel nicht versehenen Urkunde für die Stempelsteuer 107.
Stiftungsrentenanfälle, Besteuerung 218.
Stille Reserven bei der offenen Handelsgesellschaft 274.
Strafbestimmungen wegen Fälschung und Verschleierung der Bilanz 249.
Strohmänner, sog., bei der Aktienzeichnung 125.
Stückgüter, Verladung 209.
Suggestivfragen 317.
Sukzessionslieferungsvertrag, Verzug des Verkäufers mit der bestellten Teillieferung 75 164.
— Mangelhaftigkeit der ersten Teillieferung begründet noch kein Rücktrittsrecht für den Käufer 275.
— Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Weigerung der Erfüllung 303.
Suspenslisten in England 38.

T

Teillieferung, Verzug des Verkäufers mit der Teillieferung, event. Vertragsverletzung 75.
Textilbranche, Schiedsgerichtsordnung 176.
Tierhalter, Begriff 195.

U

Ueberschuldung und Unterbilanz 5.
Unfallversicherung, Rückgriff des Versicherers auf den Schadensstifter 295.
Untaugliche Ware und Schadensersatzanspruch 232.
Unterbeteiligungsvertrag 43.
Unterbilanz und Ueberschuldung 5.
Urkunde als Gegenstand der Besteuerung im Sinne des Preußischen Stempelgesetzes 101; Maßgeblichkeit des Inhalts einer Urkunde für deren Stempelpflichtigkeit 102.
Urteilsanspruch 309.

V

Veranlagungskommissionen, 575 205.
Veräußerungsverträge, Wiederaufhebung 238.
Verbrauch, unmittelbarer, im Gewerbe des Käufers 245.
Vereine mit wohltätigem oder gemeinnützigem Zwecke — Eintragung in das Vereinsregister, Vereine mit einem wirtschaftlichem Zweck — Eintragung in das Handelsregister notwendig 214.
Verkehrssitte im allgemeinen auch für den bindend, der sich nicht mit ihr vertraut gemacht hat 142.
Vermächtnisse, Besteuerung 218.
Vermittelungsagenten für Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten 162.
Vermögensgesellschaften 31.
Vernehmungskunst 319.
Verpflichtungsscheine, kaufmännische, 290 ff.
Versicherer, Recht des Rückgriffs auf den Schadensstifter 295.
Versicherungsrecht, Regelung in Deutschland 1.
Versicherungsunternehmungen, Sanierungen und Fusionierungen 1.
Vertagung 305.
Vertrag mit der Verpflichtung eines Teiles, 12 Jahre lang Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, ungiltig 169.
„Verwahrung" im weiteren Sinne 252.
Verwiegung der Ladung nach seerechtlicher Praxis 149.
Vollkaufleute, Begriff 162.
— die unter diesen geltenden Handesübungen nicht immer auch für den Verkehr zwischen einem Voll- und einem Minderkaufmann maßgebend 142.
Vorbehaltsgut der Frau nach § 1367 BGB. 189.
Vorbereitende Schriftsätze, Frist 306.
Vormesse, Begriff 159.
Vorstand, Stellung als verwaltendes Gesellschaftsorgan 256.

W

Ware, wann die Untersuchung nicht am Ablieferungs-, sondern erst am Bestimmungsort zu geschehen hat 47.
Waren, Weiterverkauf nach englischem Recht 37.
— Verkauf unter Vorbehalt des Eigentums des Verkäufers bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises 98.
Wäschebranche, Schiedsgericht 176.
Wechselprotest, Frage der Revision 24.
— Reform 91.
Wechselrecht, der Wechselforderung des Indossatars bleibt giltig, auch wenn der Aussteller eines Wechsels diesen als Vertreter des Bezogenen akzeptiert hat 121; der Wechselgeber hat auch bei einem zur Sicherheit gegebenen Wechsel die ihm aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis zustehenden Einreden darzulegen und zu beweisen 123.
Werbungskosten 201.
Wettbewerbsgesetz, 152.
Wettbewerbsverbot, Ungiltigkeit eines vertraglichen Wettbewerbs 170.
— an bestimmten Orten keine Filialen zu errichten, ob auch für Errichtung von Kommissionslagern maßgebend 212.
Wette und Spiel, Ansprüche daraus 281.
Wucher, Begriff und Wesen in Oesterreich-Ungarn 94.
Wucherer als Scheckinhaber 282.

Z

Zahlstellen- und Domizilwechsel, Gleichstellung 91.
Zinsfuß, Neuregelung des gesetzlichen Zinsfußes in Oesterreich 68.
Zur Auslegung der Klausel „Lieferung franko Waggon" 206.
Zuwiegend im Sinne des § 655 HGB. 149.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 1. **Berlin, Sonnabend 12. Januar 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die Fusionierung von Versicherungsgesellschaften und die Versicherten. Von Justizrat Dr. Fuld, Mainz. — Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht. II. Die Sanierung. Von Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin. — Die Klage eines Gesellschafters einer G. m. b. H. auf deren Auflösung durch Richterspruch. Von Landgerichtsrat Dr. Marcus, Berlin. — Ungleiche Bedeutung einer gemäß § 326 BGB. gestellten zu kurz bemessenen Nachfrist. Von Dr. Karl Hirsch, Frankfurt a. M. — Reichsgerichtsentscheidungen: Rheinisch-Westfälisches Kohlensyndikat, Hüttenzechen und Syndikat. Einheitlichkeit der den Hüttenzechen gehörenden Bergwerke. — § 15 Gesetz betr. die Gesellsch. mit beschr. Haftung. — Aus der Praxis des Registerrichters: Führung mehrerer Firmen. — Entziehung der Vertretungsbefugnis bei Gesamtvertretung in der offenen Handelsgesellschaft. Untersagung des Gewerbebetriebes gegenüber einer Gesellschaft m. b. H. — Literatur: Besprechungen, Eingänge. — Kleine Mitteilungen.

Die Fusionierung von Versicherungsgesellschaften und die Versicherten.

Von Rechtsanwalt Justizrat Dr. **Fuld** in Mainz.

Es war vorauszusehen, daß durch die Regelung des Versicherungsrechts in Deutschland, wie dieselbe durch das sogenannte Aufsichtsgesetz vom 12. 5. 01 geschehen ist, Sanierungen und in ihrem Gefolge Fusionierungen von Versicherungsunternehmungen in erheblichem Maße notwendig würden. Der Umstand, daß vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts mit seinen strengen, aber keineswegs zu strengen Anforderungen eine im Verhältnis nicht kleine Anzahl von Versicherungsvereinen bestand, deren wirtschaftliche und finanzielle Situation nur als schwach bezeichnet werden konnte, bietet allein schon eine genügende Erklärung dafür, daß die Vereinigungen zwischen Versicherungsunternehmungen, mögen sie nun sich dieser oder jener Form bedienen, seit dem Inkrafttreten des genannten Gesetzes wesentlich zahlreicher sind als dies in früheren Perioden der Entwicklung des Versicherungsrechts von gleicher Dauer der Fall war. Neuestens hat nun die Tendenz zur Fusionierung von Versicherungsaktiengesellschaften eine gewisse Verstärkung erfahren, was vor allem auf die große Inanspruchnahme zurückzuführen ist, welche die Katastrophe in San-Franzisko für eine erhebliche Anzahl von deutschen Feuerversicherungsgesellschaften zur Folge hatte. Die Konstatierung dieser Tendenz und ihrer Verkörperung hat bereits den Anlaß gegeben die Behauptung auszusprechen, daß die Entwicklung auf dem Gebiete des Versicherungswesens ebenso in das Stadium der Betriebskonzentration und Betriebsvereinigung getreten sei wie die Entwicklung des Bankwesens; der Neigung der heutigen Zeit zur Aufstellung wirtschaftlicher Gesetze entsprechend glaubte man mit einem Gesetze der Entwicklung im Sinne der Absorbierung der kleinen und mittleren Unternehmungen durch große und größte rechnen zu können, das auch auf dem Gebiete des Versicherungswesens seine sichtbaren Wirkungen ausübe. Die diesem Gedankengang zu Grund liegende Generalisierung bestimmter Vorgänge, welche durch spezielle Ursachen in mehr als genügender Weise erklärt werden, ist nicht minder unrichtig wie die Analogisierung der Ergebnisse, die auf dem Gebiete der Organisation des deutschen Bankwesens festgestellt worden sind. Zwischen dem Bankwesen einerseits, dem Versicherungswesen anderseits bestehen derartige, mit dem Wesen dieser beiden Betriebszweige zusammenhängende Unterschiede, daß es vollständig unangängig ist, mit Analogien in dem Sinne bezüglich beider operieren zu wollen, in welchem dies geschehen ist. Die Tatsache der im Verhältnis zu früher häufigen Fusionierung von Versicherungsaktiengesellschaften steht aber fest und es läßt sich anderseits auch nicht bestreiten, daß die Ausführung der etwa vorhandenen Fusionierungsabsicht in erheblichem Maße durch die Beantwortung der Frage beeinflußt wird, ob die Versicherten, welche

nicht gewillt sind, des Versicherungsverhältnis mit der neuen Gesellschaft fortzusetzen, befugt sind, von dem Versicherungsvertrag zurückzutreten oder nicht? Es liegt auf der Hand, daß, wenn die Rechtsübung der Meinung wäre, die Fusionierung gewähre schlechthin und ohne daß es auf die Berücksichtigung der konkreten Umstände ankommen könne, den Versicherten ein Rücktrittsrecht, die Fusionierung hierdurch wesentlich erschwert werden würde, da ja für die Entschließungen der Gesellschaft, welche eine andere in sich aufnehmen will, die Berücksichtigung des Versicherungsbestandes dieser sehr maßgeblich zu sein pflegt.

Die Fusionierung zweier Versicherungsaktiengesellschaften ist mit der gesamten Abtretung des Portefeuilles verbunden, deren Wesen darin besteht, daß zwischen zwei Gesellschaften ein Übereinkommen geschlossen wird, „kraft dessen ein Versicherer seinen Versicherungsbestand ganz auf einen anderen Versicherer überträgt.“ [1]) In diesem Sinne ist auch § 14 des Ges. vom 12. 5. 01 formuliert: hiernach bedarf jedes Übereinkommen, wodurch der Versicherungsbestand eines Unternehmens in seiner Gesamtheit oder in einzelnen Zweigen mit den darauf bezüglichen Reserven und Prämienüberträgen auf ein anderes Unternehmen übertragen werden soll, der Genehmigung der für die beteiligten Unternehmungen zuständigen Aufsichtsbehörden, und es kann die Genehmigung nur aus den in § 7 angegebenen Gründen versagt werden. Die Versicherten sind Gläubiger der Gesellschaft, mit der sie in einem Vertragsverhältnis stehen, letztere hat ihnen gegenüber Ansprüche auf die vertraglichen Leistungen, wozu vor allem der Anspruch auf die Prämienzahlung gehört und sie ist insoweit Gläubigerin, anderseits hat sie ihnen gegenüber Verpflichtungen und ist insoweit ihre Schuldnerin. Daß ihre Leistungspflicht auf Grund dieser vertraglichen Verpflichtungen vielfach eine bedingte oder betagte ist, ändert an der Tatsache nichts, daß insoweit die Abtretung des Portefeuilles eine Schuldübernahme enthält, deren Wirksamkeit nach § 415 BGB. von der Genehmigung des Gläubigers abhängt und die, falls die Genehmigung nicht erteilt wird, sich nach § 415 Abs. 2 in Verbind. mit § 329 in eine Erfüllungsübernahme verwandelt. Wie bei der Fusionierung zweier Aktiengesellschaften, deren Geschäftsbetrieb nicht der Abschluß von Versicherungen gegen Prämie ist, mit dem Fusionsakte die Wirkung der Universalsukzession verbunden ist — HGB. § 306 Abs. 1 — so auch hier, insoweit bietet also die mit der Abtretung des Portefeuilles verbundene Fusionierung nichts besonderes. Das Besondere besteht nur **darin**, ob die Versicherten gehalten sind, den Vertrag **mit** der neuen Gesellschaft fortzusetzen oder ob sie **zum** Rücktritt berechtigt sind? Man hat nun geglaubt, daß die Frage schon im Hinblick auf § 304 - 306 HGB. in verneinendem Sinne zu entscheiden sei, da hierin ganz allgemein den Gläubigern der Aktiengesellschaften im Falle der Fusionierung bestimmte Rechte eingeräumt seien, zu denen das Rücktrittsrecht nicht gehöre. Allein es ist ohne Weiteres ersichtlich, daß diese Argumentation unhaltbar ist. „Der für die Gläubiger einer Aktiengesellschaft,“ sagt mit Recht Ehrenberg, „bestehende allgemeine Rechtssatz muß hier dem speziellen Rechtssatz weichen, den das Versicherungsrecht zugunsten derjenigen Gläubiger aufstellt, die bei einer Aktiengesellschaft versichert sind“. Dieser spezielle Rechtssatz besagt aber, daß der Rücktritt dem Versicherten nicht verweigert werden kann, wenn in Folge der Abtretung des Portefeuilles sich die Sicherheit wesentlich vermindert hat, die ihm bislang mit ihrem Vermögen die Versicherungsgesellschaft bot, bei welcher er versichert war. [1]) Hiermit stimmt auch die in Versicherungskreisen vielbesprochene Entscheidung des RG. vom 28. 1. 05 überein,[2]) die mehrfach in durchaus unrichtiger Weise interpretiert und sogar geradezu als ein Bruch sowohl mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes bezüglich der Frage der Clausula rebus sic stantibus, als auch mit den Bestimmungen des BGB. bezeichnet wurde. Die Stellung, welche das Gesetzbuch zu der Frage der Berücksichtigung der soeben genannten Klausel in ihrem Einfluß auf bestehende Verträge annimmt, ist heute nicht mehr der Gegenstand ernsthafter Meinungsverschiedenheiten.[3]) Das Gesetzbuch hat die Klausel allgemein nicht anerkannt, so daß also eine ungünstigere Gestaltung in der Vermögenslage des einen Kontrahenten grundsätzlich dem andern noch kein Recht gibt, von dem Vertrage zurückzutreten, in § 321 wird nur ausnahmsweise einer derartigen Änderung ein solcher Einfluß auf die Vertragsgültigkeit eingeräumt. Gleichwohl kann im einzelnen Falle nach der Absicht der Parteien dem einen Kontrahenten ein Rücktrittsrecht vom Vertrage zustehen und das RG. hat kein Bedenken, auch für eine ganze Gattung von Verträgen das Bestehen eines solches Rücktrittsrechts anzuerkennen. Für die Versicherungsverträge besteht aber dieses Recht und muß es vor allem und jedenfalls dann bestehen, wenn durch das Verhalten des Versicherers die Sicherheit wesentlich vermindert wird, welche dem

[1]) Vgl. Ehrenberg, die Abtretung des Portefeuilles in „Zeitschrift f. d. ges. Vers. Wissenschaft“ Bd. 4 S. 24 u. flgde. eine höchst lichtvolle Studie.

[1]) Ehrenberg a. a. O. S. 35, 42.

[2]) Entsch. Bd. 60 S. 58 u. flgd.

[3]) Vgl. Türk in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 549, Silberschmidt in Seufferts, Bl. f. Rechtsanw. 02 S. 149, RG. 50, 257, Neumann, Jahrb. I, 1 S. 127, IV., 1 S. 123.

Versicherten das Vermögen des Versicherers bot. Daher wird es sich stets in erster Linie um die Prüfung der Frage handeln, ob durch die Fusionierung dieser die Sicherheit vermindernde Effekt zur Tatsache geworden ist. Der von dem RG. in Bd. 60 behandelte Fall betraf die Fusionierung zweier englischen Gesellschaften, die in Deutschland arbeiteten, kann also mit Rücksicht hierauf als ein typischer Fall nicht bezeichnet werden. Nunmehr ist durch das Pr. VG. vorgeschrieben, daß für jede Abtretung des Portefeuilles die Genehmigung der Aufsichtsbehörden Voraussetzung ist, es kommt in dieser Hinsicht vor allem die Genehmigung des Aufsichtsamts für Privatversicherung in Betracht, die bekanntlich nicht leicht, sondern erst nach sorgfältigster Prüfung aller in Betracht kommenden Verhältnisse, namentlich aber der für die Versicherten vorhandenen Sicherheiten erteilt wird. Da nun die Prüfung der Frage, ob durch die Fusionierung die bestandene Sicherheit eine Verminderung erlitten hat, in der Hauptsache eine sachverständige ist und ein mit größerer Autorität versehener Sachverständiger als das Aufsichtsamt für Privatversicherung überhaupt nicht vorhanden ist, so wird behauptet, daß ein Recht des Rücktritts bei den von demselben genehmigten und somit bei allen praktisch überhaupt in Betracht kommenden Fusionierungen nicht in Frage kommen könne. In diesem Sinne formuliert auch Ehrenberg das Ergebnis seiner Studie, die übrigens vor dem Erkenntnis des Reichsgerichts vom 28. 1. 05 veröffentlicht worden ist, er sagt: „Im übrigen würde die Frage in jedem einzelnen Falle nach dem Gutachten Sachverständiger zu entscheiden sein und das hat in der Tat bei denjenigen Aktiengesellschaften auch jetzt noch zu geschehen, die vor dem 1. 1. 02 in Liquidation getreten sind. Da aber abgesehen von diesem Falle, nunmehr jede „Abtretung des Portefeuilles durch die Aufsichtsbehörde genehmigt werden muß, so ist dadurch in der denkbar sachverständigsten Weise festgestellt, daß die Lage der Versicherten eine wirtschaftliche Einbuße nicht erleiden, höchst wahrscheinlich sogar eine Verbesserung erfahren wird; infolgedessen steht dem Versicherten auch unabhängig von dem Falle der Verstaatlichung ein Recht des Rücktritts von dem Versicherungsvertrage nicht zu." Diese scharfe Formulierung dürfte aber doch zu beanstanden sein und zwar vor Allem um deswillen, weil sie die Rücktrittsbefugnis *ausschließlich* mit der Frage der *Sicherheit* in Zusammenhang bringt. Gewiß, die Frage der Sicherheit und der Sicherung ist für den Versicherten von einer der Art prepondierenden Wichtigkeit, daß ihr gegenüber fast alle übrigen Fragen in den Hintergrund treten; es ist ferner auch vorbehaltlos zuzugeben, daß, wenn das Aufsichtsamt durch die von ihm erteilte Genehmigung der Fusionierung implicite entschieden hat, daß die den Versicherten gewährte Sicherheit eine Verschlechterung oder Verminderung nicht erlitten hat, die Frage auch für den ordentlichen Richter ohne Weiteres entschieden ist. Allein es gibt auch *andere*, wenn schon nur selten vorhandene Gründe, welche die Rücktrittsbefugnis unter dem Gesichtspunkt der §§ 133, 157 BGB. rechtfertigen. Das RG. ist keineswegs der Meinung, daß nur die Verschlechterung der Sicherheit das Rücktrittsrecht des Versicherten begründe. Wäre der Gerichtshof in der Tat dieser Auffassung, so würde es nicht recht verständlich sein, wenn es in den Gründen heißt: „Darauf kommt es nicht an, daß die Rechtslage der Versicherten durch die Fusion mit der anscheinend kapitalkräftigen Comp., die jetzt nach Hinterlegung einer beträchtlichen Kaution zum Geschäftsbetrieb in Deutschland zugelassen ist, nicht verschlechtert, vielleicht sogar verbessert ist und daß es in ihrem Interesse liegen oder mindestens ihm nicht widerstreiten würde, wenn sie ihre Verträge aufrecht erhielte. Sie haben mit der L. Comp. kontrahiert und dadurch zu erkennen gegeben, daß sie gerade dieser Gesellschaft mit ihrer zur Zeit des Abschlusses der Versicherungsverträge bestehenden Grundlage ihr Vertrauen geschenkt haben." Wenn auch das RG. die wirtschaftliche Grundlage des Vertrauens betont, die eine finanzielle ist, so muß doch aus dieser Argumentation geschlossen werden, daß es an sich auch möglich sein muß, von dem Versicherungsvertrag zurückzutreten, wenn die neue Gesellschaft bezüglich ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit allen Anforderungen entspricht, wie dies ja auch dem Grundsatze Rechnung trägt, daß kein Gläubiger gehalten ist, sich gegen seinen Willen einen Schuldner aufdrängen zu lassen. Dem Versicherten müßte dieserhalb auch bei der Fusionierung das Rücktrittsrecht zustehen, wenn die neue Gesellschaft *strengere Bedingungen* hat wie die bisherige, wenn sie beispielsweise die Leistungspflicht im Falle des Zweikampfes ausschließt, während die Gesellschaft, bei welcher der Versicherte bislang versichert war, diesen Ausschließungsgrund nicht kennt oder wenn es sich um die Fusionierung mit einer Gesellschaft handelt, deren geringe Koulanz in den Kreisen der Versicherten nicht eben vorteilhaft bekannt ist. Praktisch hat indessen diese Erweiterung des Rücktrittsrechts über den Fall der Verminderung der finanziellen und wirtschaftlichen Sicherheit keine erhebliche Bedeutung und zwar um deswillen nicht, weil die mit der Genehmigung der Fusion beauftragte Aufsichtsbehörde auch selbstverständlich die Frage prüft, ob das Interesse der Versicherten mit Rücksicht auf die Versicherungsbedingungen und die Praxis der aufnehmenden Gesellschaft genügend gewahrt ist.

Es ist nicht anzunehmen, daß das Aufsichtsamt einer Fusionierung zustimmen würde, mit welcher die Gefahr verbunden ist, daß infolge der zahlreichen Ausschließungen der Leistungen des Versicherers die für den Versicherten in der Versicherung vorhandene Sicherung einen wesentlich engeren Inhalt und eine geringere Tragweite hätte wie vor der Fusionierung. Übrigens sind auch, insbesondere seit der Kartellierung der Versicherungsgesellschaften die Versicherungsbedingungen nebst den Aus- und Einschließungen in der Hauptsache konform, so daß auch dieser Punkt praktisch keine nennenswerte Rolle spielt. Dieserhalb wird man auch insoweit behaupten können, daß, obwohl das Rücktrittsrecht an sich auch dann ausgeübt werden kann, wenn die finanzielle Sicherheit der Erfüllung der Versicherungsansprüche eine Verschlechterung nicht erlitten hat, doch tatsächlich bei den von dem Aufsichtsamt genehmigten Fusionierungen für die Geltendmachung des Rücktrittsrechts ein Raum so gut wie nicht vorhanden ist.

Die Rechtslage, wie sie nach Vorstehendem besteht, bietet also für die Verwirklichung von Fusionierungsabsichten innerhalb der Versicherungsaktiengesellschaften so gut wie keine Hindernisse, da inhaltlich derselben mit Rücktritten der Versicherten nicht zu rechnen ist. Es ergibt sich hieraus, daß es vollkommen grundlos war, wenn behauptet worden ist, in Folge der Rechtsprechung des Reichsgerichts laufe das Versicherungswesen Gefahr, die im Interesse seiner Fortentwicklung erforderlichen Organisationsveränderungen nicht vornehmen zu können; die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht der Fusionierung mit Nichten im Wege, sie sorgt allerdings auch dafür, daß die Versicherten nicht in Folge der Fusionierung in eine Situation kommen, die gegenüber der vor der Fusionierung bestandenen, sich als eine ungünstigere darstellt, sei es mit Rücksicht auf wirtschaftliche, sei es auf rechtliche Änderungen. Daß übrigens die Fusionierung auf dem Gebiete des Versicherungswesens doch anders zu beurteilen ist wie die Bankkonzentration kann nicht bestritten werden. Die Natur des Versicherungswesens bringt es mit sich, daß nur große und kapitalkräftigste Gesellschaften im Stande sind, die Versicherungszwecke zu fördern, daß nur sie billig, solid und koulant arbeiten, an Zwerversicherungsgesellschaften hat die Volkswirtschaft kein Interesse, die große Versicherungsgesellschaft ist, wie Ehrenberg in völlig zutreffender Weise hervorhebt, nicht nur finanziell, sondern auch sozial und ethisch gerechtfertigt. Daß aber anderseits eine übermäßige Aufsaugung von kleinen und mittleren Gesellschaften durch die großen nicht zu befürchten ist — dafür bietet wiederum das Wesen und die Eigentümlichkeit des Versicherungswesens Bürgschaft, das auch insoweit von dem Bankwesen durchaus verschieden ist.

Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht.

Von **Dr. Hans Fritz Abraham**, Berlin.

II.

Die Sanierung.

Das Wesen der Sanierung läßt sich nicht durch juristische Definitionen umschreiben. Nicht die juristische Theorie, sondern die Praxis des Wirtschaftslebens hat den Begriff der Sanierung geschaffen, und nur unter dem Gesichtspunkt seiner wirtschaftlichen Funktionen kann seine Bedeutung erfaßt werden.

Die Sanierung umfaßt die Mittel, welche dazu dienen, einer im Niedergang begriffenen Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer G. m. b. H. oder einer anderen mit einem Stammkapital ausgestatteten Korporation, zur Gesundung zu verhelfen.[1]) Die Sanierung gehört nicht in den Kreis derjenigen Maßnahmen, die einer notleidenden Gesellschaft beim Eintritt finanzieller Schwierigkeiten sofort den Lebensfaden abschneiden, und steht insoweit im Gegensatze zu den radikalen Mitteln der Konkurseröffnung und der Liquidation.

Ob eine Gesellschaft saniert wird, oder ob sie dem Konkurse bezw. der Liquidation anheimfällt, das hängt vielfach von den jeweiligen Entschließungen in der Praxis ab. Es muß indessen zur Vermeidung von Mißverständnissen von vornherein darauf aufmerksam gemacht werden, daß die begrifflichen Voraussetzungen der bezeichneten Maßnahmen keineswegs identisch sind. Über eine Aktiengesellschaft — und in gleicher Weise über eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder G. m. b. H. — ist der Konkurs zu eröffnen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist.[1a]) Regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, wird die Überschuldung der Zahlungsunfähigkeit vorausgehen. Anlaß zur Konkurseröffnung ist dann die Tatsache, daß die Passiven die Aktiven übersteigen, daß somit die Rechte der Gläubiger gefährdet sind. Kommt es in diesem Falle zum Konkurse, zum Zwangsvergleiche oder zu einem Moratorium, so werden in jedem Falle die Gläubiger der Gesellschaft Einbußen erleiden.

Das Wesen einer Gesellschaft, die über ein Stamm- oder Grundkapital verfügt, das insbesondere der Aktiengesellschaft, bringt es mit sich, daß sie zwei Arten von Interessenten hat: einmal die Gläubiger, anderseits die Mitglieder der Korporation, die Aktionäre, die Gesellschafter.[2]) Diese

[1]) Wegen der Gewerkschaften vgl. Anm. 7a.

[1a]) §§ 207, 209, KO.; § 63 des Gesetzes betr. G. m. b. H.

[2]) Im Texte wird grundsätzlich das Recht der Aktiengesellschaften dargestellt; für die übrigen Gesellschaftsformen gilt Entsprechendes, soweit nicht auf Abweichungen aufmerksam gemacht ist (vgl. Anm. 7a).

Mitglieder sind nicht Gläubiger ihrer Korporation, bei einer Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens können sie erst dann etwas erhalten, wenn sämtliche Gläubiger befriedigt sind. Es kann daher sehr wohl vorkommen, daß die Gesellschaft noch hinreichend Aktiva hat, um ihre Gläubiger zu befriedigen, daß aber die Vermögensinteressen der Mitglieder gefährdet sind. Typus einer derartigen Situation ist das Bestehen einer Unterbilanz. Der Unterschied dieses Begriffes von dem der Überschuldung kann nicht genug hervorgehoben werden.

Ein Beispiel erläutere dies:

Die Bilanz einer Aktiengesellschaft, deren Grundkapital eine Million Mark beträgt, lautet folgendermaßen:

Aktiva	2 000 000 M.	Grundkpitl.	1 000 000 M.
Verlust	500 000 „	Passiva	1 500 000 „
Summa	2 500 000 M.	Summa	2 500 000 M.

Diese Aktiengesellschaft ist keineswegs überschuldet. Die Passiven im Betrage von 1 500 000 Mk. sind durch die Aktiven in Höhe von 2 000 000 Mk. vollkommen gedeckt. Dagegen ist das halbe Grundkapital bereits verloren, die Vermögensinteressen der Mitglieder sind durch die bestehende Unterbilanz bedenklich beeinträchtigt.

Regelmäßig knüpft eine Sanierung an eine derartige Situation an, bei der eine Unterbilanz, aber noch keine Überschuldung besteht. Regelmäßig werden daher durch eine Sanierung Vermögensnachteile nur den Mitgliedern der Gesellschaft, nicht ihren Gläubigern zugemutet.

Zwischenstufen gibt es auch hier. Es kommen Fälle vor, bei denen eine Sanierung dazu dient, den bevorstehenden Konkurs abzuwenden, Fälle, wo auch die Gläubiger Vermögenseinbußen erleiden. Dies gilt insbesondere von der Rekonstruktion solcher Aktiengesellschaften, die Schuldverschreibungen (Obligationen) ausgegeben haben. Nach dem Gesetze betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 können die Obligationäre zu gemeinsamen Versammlungen, in denen das Majoritätsprinzip herrscht, einberufen werden, und in diesen Versammlungen kann die Aufgabe oder Beschränkung von Rechten der Gläubiger, insbesondere die Ermäßigung des Zinsfußes oder die Bewilligung einer Stundung beschlossen werden, sofern dies zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners erforderlich erscheint. Auf die dem Nennwerte der Schuldverschreibungen entsprechenden Kapitalansprüche kann durch Mehrheitsbeschluß allerdings nicht verzichtet werden (§§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 3 a. a. O.). Soweit der einzelne Gläubiger mit einem Verzicht auf die Kapitalansprüche einverstanden ist, kann natürlich auch der ihm zustehende Kapitalbetrag reduziert werden. So sind bei der Sanierung der Pommerschen Hypothekenbank in den Jahren 1901 und 1902 mit Einwilligung der einzelnen Schuldverschreibungsgläubiger Obligationen in Aktien verwandelt worden. Die Gläubigerrechte wurden zu bloßen Mitgliedschaftsrechten reduziert.[3]) — Derartige Sanierungen[3a] erfordern natürlich größere Opfer als Rekonstruktionen, bei denen lediglich die Mitglieder betroffen werden.

Gehen wir zunächst von dem Regelfalle aus. Eine Aktiengesellschaft leidet, ohne überschuldet zu sein, an einer Unterbilanz und soll durch Leistungen ihrer Mitglieder saniert werden. Da bieten sich mannigfache Wege zur Rekonstruktion. Einen Überblick über diese Sanierungsformen und die für sie maßgebenden zivilrechtlichen Normen müssen wir gewinnen, ehe wir uns der Darstellung der stempelrechtlichen Probleme zuwenden.[4])

* * *

Die Grundformen der Sanierung.

Erste Aufgabe der Sanierung ist die Beseitigung der Unterbilanz. Es gilt, den Verlustsaldo aus der Bilanz zu entfernen.

Man erreicht dies in einfacher Weise durch eine ziffernmäßige Reduktion des Grundkapitals. Entweder wird der Nennbetrag der einzelnen Aktien herabgesetzt, oder mehrere Aktien werden zu einer zusammengelegt.[5]) Regelmäßig wird man dabei den Nennbetrag der zu vernichtenden Anteile so hoch bemessen, daß die vor der Sanierung bestehende Unterbilanz verschwindet. Erinnern wir uns unseres Beispieles, das in der Bilanz einer Aktiengesellschaft gegenüber einem nominellen Grundkapital von 1 000 000 Mk. einen Verlustsaldo von 500 000 Mk. aufweist. Hier ist es angemessen, die Aktien im Verhältnis von 2 zu 1 zusammenzulegen, oder die Nennbeträge der Aktien, wenn sie entsprechend hoch sind[5a]), auf die Hälfte herabzusetzen. Das Grundkapital beträgt nach der Reduzierung nur noch 500 000 Mk. Die Bilanz lautet:

---

[3]) Vgl. Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 111 (Krisen-Enquete Bd. 7) S. 75 ff.

[3a]) Bei der gegenwärtig geplanten Sanierung der Nordischen Elektrizitäts- und Stahlwerke in Danzig beabsichtigen die Hypothekengläubiger auf 60% ihrer Kapitalforderung zu verzichten. (Plutus 1906, 798.) — Auch dieser Sanierungsvorschlag beeinträchtigt die Rechte der Gläubiger.

[4]) Vgl. Das eingehende Buch von Leist, die Sanierung von Aktiengesellschaften.

[5]) Wegen der Formen der Kapitalherabsetzung vgl. § 288 ff. HGB.

[5a]) Die Grenze des § 180 HGB. muß innegehalten werden.

Aktiva	2 000 000 M.	Grundkptl.	500 000 M.
		Passiva	1 500 000 „
Summa	2 000 000 M.	Summa	2 000 000 M.

Der Verlustsaldo ist verschwunden.

Sofern die Aktien der Gesellschaft unter pari stehen, kann die Korporation auch durch Amortisation der Anteile die Unterbilanz mindern. Ist der Kurs der Aktien z. B. 50%, so kann sie eine Aktie im Nominalwerte von 1000 Mk. für 500 Mk. erwerben. Wird die Aktie darauf vernichtet, so haben sich die Aktiven, im Verhältnis zu dem Vermögensstande vor Einziehung der Aktie, um 500 Mk., den Betrag des Erwerbspreises, gemindert. Anderseits ist die Gesellschaft in der Lage, nach Einziehung der erworbenen Aktie die unter den Passiven stehende Grundkapitalsziffer um 1000 Mk. herabzusetzen. Resultat ist daher eine Minderung der Unterbilanz um 500 Mk.[6])

Die bisher geschilderten Transaktionen führen nur zu einer rechnerischen Beseitigung der Unterbilanz, aber eine finanzielle Kräftigung der Gesellschaft, der Hauptzweck der Sanierung, wird nicht erreicht. Die Amortisation der Anteile, der zuletzt beschriebene Weg, entzieht sogar der Gesellschaft liquide Mittel, nämlich die zum Ankauf bezw. zur Auslosung der Anteile verwendete Summe.

Eine wirkliche Stärkung der Gesellschaft tritt nur dann ein, wenn ihr neues Kapital zufließt. Diesem Zwecke dienen mannigfache Mittel.

Die Aktionäre können auf ihre Anteile Zuzahlungen à fonds perdu leisten[6a]) Sie füllen das Grundkapital, insoweit es verloren gegangen ist, wieder auf. Wird die Unterbilanz in dieser Weise beseitigt, so tritt eine unmittelbare Stärkung der Gesellschaft ein. In dem oben erwähnten Beispiele würde man eine Zuzahlung von 50% des Nennbetrages ausschreiben. Sofern diese Zuzahlung von den Aktionären geleistet wird, erhält die Bilanz folgendes Aussehen:

Alte Aktiva	2 000 000 M.	Grundkptl.	1 000 000 M.
Zuzahlung	500 000 „	Passiva	1 500 000 „
Summa	2 500 000 M.	Summa	2 500 000 M.

Es bietet sich ferner der Weg, zunächst rechnungsmäßig durch Kapitalherabsetzung oder Aktienamortisation die Unterbilanz zu beseitigen, und sodann durch eine Kapitalerhöhung,[7]) eine Zuzahlung oder eine Ausgabe von Schuldverschreibungen neue Mittel heranzuziehen. —

Schließlich kann das Grundkapital dadurch aufgefüllt werden, daß die Aktionäre einen Teil ihrer Aktien der Gesellschaft zur Verfügung stellen, indessen nicht zum Zwecke der Vernichtung oder der Kapitalherabsetzung, sondern zur unmittelbaren Weiterbegebung. Die Aktionäre überlassen z. B. in unserem Musterfalle der Gesellschaft ohne Gegenleistung nominal 500 000 Mk., die von irgendwelchen Dritten, — einem Konsortium, einem Teil der bisherigen Aktionäre oder anderen — –, zu pari erworben werden. Auch hier fließen 500 000 Mk. neue Mittel der Gesellschaft zu und die Unterbilanz ist beseitigt.

Eins ist bei alledem nicht zu vergessen: Kein Aktionär kann gezwungen werden, nach Leistung seiner Kapitaleinlage weitere Beiträge zu entrichten.[7a]) Sein freier Wille entscheidet; er kann von neuem Geld in das Aktienunternehmen hineinstecken, er kann es lassen, wenn er eine nochmalige Investition seines Kapitals scheut. Es empfiehlt sich daher, den Mitgliedern für die von ihnen erbetene Hilfe besondere Vorzugsrechte hinsichtlich des Dividendenbezuges, der Liquidationsquote und anderer Punkte zuzusagen und hierdurch einen Anreiz zur Gewährung des neuen Kapitals zu schaffen. – In der Literatur war bestritten, daß man durch Mehrheitsbeschluß den zuzahlenden Aktionären Vorzugsrechte einräumen könne[8]). Das Reichsgericht hat derartige Majoritätsbeschlüsse indessen für zulässig erklärt.[9]) Ihm folgt die Praxis.[10]) —

Die Vorzugsrechte müssen nicht notwendig mit den Aktien selbst verknüpft werden. Sie können in besonderen Genußscheinen[10a]) verkörpert sein. Auf die weittragende Be-

[6]) Über die Form der Amortisation vgl. § 227 Abs. 2 HGB.

[6a]) Die Zuzahlung muß nicht notwendig in barem Gelde bestehen. Näheres darüber später.

[7]) Für die G. m. b. H. ist eine Kombination von Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung durch § 58 Ziff. 3 des Ges. betr. G. m. b. H. erschwert.

[7a]) Von den nach § 212 HGB. zulässigen, statutgemäßen Nebenleistungen sei abgesehen. — Ein Zubußenzwang, wie ign das Recht der bergrechtlichen Gewerkschaften kennt (vgl. Preuß. Allg. Berggesetz § 102 Abs. 2), findet sich nicht im Rahmen des Aktienrechts. — Vgl. auch § 26 des Ges. betr. G. m. b. H.

[8]) Vgl. Staub HGB. 6. u. 7. Aufl. Anm. 2 zu § 185.

[9]) RGE. vom 15. 10. 02 (Bd. 52 S. 292 ff.)

[10]) Solange in der Praxis die Giltigkeit derartiger Majoritätsbeschlüsse zweifelhaft war, verwies man zur Erreichung desselben Zweckes auf folgenden Weg: Die alten Aktien werden zwecks Amortisation der Gesellschaft zu einem fixierten Werte überlassen. — Die Gesellschaft erhöht gleichzeitig das Kapital durch Ausgabe von Vorzugsaktien. Diese werden von den alten Aktionären übernommen, deren Einlage zum einen Teil der Wert der eingelieferten Aktien, im übrigen eine andere Leistung, insbesondere eine Bareinlage bildet. — Der Erfolg ist der gleiche wie der einer Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien gegen Zuzahlung (vgl. Staub, HGB. 6. u. 7. Aufl. Anm. 3. zu § 185). — Heute wird man den geschilderten, umständlichen Weg nicht mehr wählen, umsomehr als er, wie wir sehen werden, erhöhte Stempelkosten verursacht.

[10a]) Über das Wesen des Genußscheines vgl. Staub HGB. 8. Aufl. zu § 179 Anm. 24 ff.

deutung dieses formalen Unterschiedes werde ich unten zurückkommen.

Wir sehen bereits, welche Fülle von Typen sich für die Durchführung einer Sanierung bietet. Noch komplizierter wird die Struktur der einzelnen Transaktionen aber durch die Verbindung mehrerer Formen.

Wie wir betonten, können die Aktionäre nicht zu neuer Kapitalbeschaffung gezwungen werden. Gewöhnlich sind die einen zu Opfern bereit, die anderen nicht. Beiden Gruppen muß Rechnung getragen, kombinierte Beschlüsse müssen gefaßt werden. In der Wahl dieser Kombinationen sind die Beteiligten nicht unbeschränkt. Grundlegend sind folgende Gesichtspunkte.

* * *

Die Kombinationsformen der Sanierung.

In der Praxis der Sanierung wird folgende Form vielfach angewendet:

Durch Majoritätsbeschluß der Generalversammlung wird den Aktionären anheimgestellt, eine Zuzahlung auf ihre Anteile zu leisten. Für den Fall, daß sie die Zahlung leisten, wird ihnen der ungeschmälerte Fortbestand ihrer Mitgliedschaftsrechte zugesichert. Meist werden ihnen, wie hervorgehoben, noch besondere Vorzugsrechte in Aussicht gestellt. Weigern die Mitglieder indessen die Zuzahlung, so werden sie mit einer Reduktion ihrer Anteile bedroht. Die Aussicht auf erhebliche Vorrechte einerseits, die Furcht vor einer irreparablen Vermögenseinbuße anderseits soll die Mitglieder zur Aufbringung neuer Mittel veranlassen.

Die Zulässigkeit derartiger Beschlüsse ist aus verschiedenen Gründen angezweifelt worden. Die Anschauung, daß ein Majoritätsbeschluß nicht ausreichend sei, um für einen Teil der Aktionäre auf Grund einer Zuzahlung Vorzugsrechte zu schaffen, daß vielmehr die Gesamtheit der Aktionäre einem solchen Beschlusse zuzustimmen habe, ist, wie erwähnt[11]), vom Reichsgerichte abgelehnt worden, sodaß in der gegenwärtigen Praxis Zweifel insoweit nicht mehr bestehen.

Für zuzahlende Aktionäre können Vorzugsrechte demnach auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses geschaffen werden. — Darf man aber einem Aktionär, der nicht zuzahlt, seine Rechte durch Mehrheitsbeschluß unmittelbar schmälern, darf man seine Mitgliedschaftsrechte verkürzen, weil er eine Zuzahlung verweigert?

Die Reichsgerichtsentscheidung vom 15. Oktober 1902 (Bd. 52, S. 278 ff.), die diese Frage erörtert, und die von grundlegender Bedeutung für das Recht der Sanierung ist, hat in der Literatur eine ungleichmäßige Auslegung gefunden[12]). Ich schließe mich der eingehend begründeten Interpretation Leist's an[13]), auf die ich hiermit verweise, und betrachte als Sinn des Urteils, daß es zulässig ist, durch Majoritätsbeschluß von den Aktionären eine Zuzahlung einzufordern und für den Fall, daß die Zuzahlung nicht geleistet wird, eine Zusammenlegung der Anteile anzudrohen. Schranken sind nur hinsichtlich des Grades der Zusammenlegung durch das Reichsgericht festgesetzt.

Das Reichsgericht wendet sich gegen einen Mißbrauch, den wir durch ein Beispiel charakterisieren wollen. Der Sanierungsbeschluß möge dahin lauten: Die Aktionäre haben eine Zuzahlung von 30% zu leisten. Kommen die Mitglieder dieser Aufforderung nach, so bleibt der Nennbetrag ihrer Aktien ungeschmälert. Weigern sie die Zuzahlung, so werden ihre Anteile im Verhältnis von 5:1 zusammengelegt. Das Reichsgericht hält eine derartige Behandlung der nicht zuzahlenden Aktionäre für ungerecht. Die Mitgliedschaften der zuzahlenden Anteilbesitzer werden vor der Sanierung noch mit 70% des Nennbetrages bewertet; denn durch eine Auffüllung von 30% soll der Anteil wieder vollwertig werden. Die anderen Mitgliedschaften werden dagegen viel geringer eingeschätzt; sie sollen ohne weiteres auf ein Fünftel ihres Nennbetrages reduziert werden, ihr Wert wird also autoritativ nur auf 20% des Nominalwertes festgesetzt. Mit Recht wendet sich das Reichsgericht hiergegen: es gehe nicht an, einen Teil der Aktien mit 70%, den anderen Teil mit 20% zu bewerten; auf diese Weise werde ein unzulässiger Zwang auf die Aktionäre ausgeübt, die eine Zuzahlung nicht beabsichtigen. Das Reichsgericht verlangt vielmehr eine gleichmäßige Bewertung. Wenn eine Zuzahlung von 30% genügt, um die Aktien wieder auf den vollen Nominalwert zu bringen, so sollen auch die Anteile der nicht zuzahlenden Aktionäre nur um den Fehlbetrag von 30% d. h. auf 70% ihres Nennbetrages herabgesetzt werden.

Ich halte diesen Rechtsgedanken für durchaus billig. Man hat freilich eingewandt, das Reichsgericht halte sich nur an Äußerlichkeiten.[14]) [15]) Es

[11]) Vgl. oben Anm. 8 und 9.

[12]) Vgl. Staub 8. Aufl. Anm. 14 zu § 290 HGB.

[13]) Vgl. Leist a. a. O. S. 45; ebenso Staub 8. Aufl. Anm. 14 zu § 290 HGB.

[14]) Vgl. Literatur bei Staub a. a. O. (oben Anm. 12.)

[15]) Eine Umgehung der Entsch. vom 15. 10. 02 wird gelegentlich der Sanierung der Berlin-Neuroder Kunstanstalten gegenwärtig versucht. Bei der Sanierung im April 1906 hat man die vom RG. geforderte Relation

sei z. B. möglich, die vom Reichsgericht geforderte Relation der Nennbeträge einzuhalten und gleichwohl eine Bevorzugung der zuzahlenden Aktionäre dadurch zu erreichen, daß man ihre Anteile mit besonderen Vorrechten ausstatte. Man könne diesen Anteilen Dividendenvorrechte in ausgedehntem Maße gewähren, ihnen für den Fall einer Liquidation eine den Nennbetrag übersteigende Liquidationsquote zusichern u. a. m. Dies ist allerdings richtig. Es kann auch nach Lage der Sache angemessen sein, den Aktionären als Prämie für das von neuem übernommene Risiko gewisse Vorrechte in Aussicht zu stellen. Aber es darf nicht vergessen werden, daß die Generalversammlungsbeschlüsse den allgemeinen Prinzipien unseres bürgerlichen Rechtes unterworfen sind, wonach es als unsittlich bezeichnet werden muß, wenn eine Aktionärgruppe durch Ausnutzung ihrer Machtbefugnisse sich unverhältnismäßige Vermögensvorteile auf Kosten anderer Aktionäre verschafft. § 138 Abs. 2 BGB. spricht diese Rechtsidee zwar nur insoweit aus, als es sich um die Ausbeutung einer Notlage, des Leichtsinns und der Unerfahrenheit handelt. Als unsittlich im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. muß indessen jede Ausbeutung einer Machtstellung bezeichnet werden, die dazu dient, dem einen auf Kosten des andern unverhältnismäßige Vorteile zuzuschanzen. — Ob ein Sanierungsbeschluß eine derartige unverhältnismäßige Bevorzugung bezw. Benachteiligung der Mitglieder in sich schließt, ist im Einzelfalle vom Richter zu prüfen.[16])

Dieser Rechtssatz hindert auch eine andere von den Gegnern des Reichsgerichts vorgeschlagene Umgehungsmanipulation.[17]) Man hat gesagt, es sei möglich, zunächst sämtliche Anteile bis auf einen ganz geringen Nennbetrag herabzusetzen und dann den Aktionären, welche neue Mittel für die Gesellschaft aufwenden wollen, junge Aktien zum Nennwerte zu überlassen. Hierzu wieder ein Beispiel:

Die Bilanz einer notleidenden Gesellschaft lautet:
Aktiva 1 500 000 M. Grundkptl. 2 000 000 M.
Verlustsaldo 500 000 „

Zur Beseitigung der Unterbilanz würde es genügen, sämtliche Aktien um 25% ihres Nennbetrages herabzusetzen würden. Das Grundkapital würde sich in diesem Falle um 500 000 Mark vermindern, der Verlustsaldo aus der Bilanz verschwinden.

Es wird indessen die Reduktion in weiterem Umfange vorgenommen. Sämtliche Aktien werden um 75% ihres Nennbetrages herabgesetzt. Das Grundkapital wird um 1 500 000 M. geringer. Die Bilanz lautet nach der Herabsetzung:
Aktiva 1 500 000 M. Grundkptl. 500 000 M.
Überschuß 1 000 000 „

Der Überschuß von einer Million Mk., der sich hiernach rechnungsmäßig ergibt, soll natürlich nicht ausgeschüttet werden. Es werden daher entweder die Aktiven bis auf einen Wert von äußerlich 500 000 Mk. abgeschrieben, so daß eine stille Reserve im Betrage von 1 000 000 Mk. besteht. Oder es kann auch eine offene Reserve in Höhe dieses Betrages gebildet werden. Jedenfalls ist das eine klar: Wenn eine derartig übermäßige Kapitalherabsetzung erfolgt, so entsprechen dem Nennbetrag einer Aktie Aktiva, die diesen Nominalwert erheblich übersteigen. In unserem Beispiel kommen auf das Grundkapital von 500 000 Mk. Werte im Gesamtbetrage von 1 500 000 Mk. Die einzelne Aktie hat also nach erfolgter Herabsetzung einen inneren Wert von 300%.

Wollte man jetzt nach dem Vorschlage, den wir oben skizzierten, neue Aktien gegen eine Zahlung von lediglich 100% des Nennbetrages ausgeben und diese möglicherweise noch mit Vorzugsrechten ausstatten, so würden die Erwerber der jungen Aktien, d. h. die Personen, die neue Mittel aufwenden, zu pari Werte erwerben, welche den bisherigen Beteiligungen mit einem inneren Werte von 300% gleichstehen, oder diesen gegenüber noch bevorzugt sind. Wenn eine Aktienmajorität eine derartige, zu weit gehende Kapitalherabsetzung beschließt und im Anschluß daran durchsetzt, daß junge Aktien ausgegeben und ihr für einen viel zu geringen Emissionspreis überlassen werden, so wird man auch in diesem Falle zu prüfen haben, ob diese Kombination etwa der Aktienmajorität unverhältnismäßige Vorteile auf Kosten der nicht zuzahlenden Mitglieder bringt. Ist dies der Fall, so sind die Beschlüsse nach § 138 BGB. nichtig.[18])

---

gewahrt. — Jetzt ist nachträglich eine erneute Zusammenlegung der bereits reduzierten Aktien beschlossen worden. — Bei einer derartigen Beschlußfassung stimmen aber die zu benachteiligenden Aktionäre für sich gesondert ab (§ 275 HGB.) — Begeben sie sich selbst durch Mehrheitsbeschluß ihrer Rechte, so ist dagegen nichts einzuwenden.

[16]) Vgl. Staub 8. Aufl. § 290 HGB. Anm. 15.

[17]) Vgl. Tecklenburg, Bd. 12 dieser Zeitschrift S. 119.

[18]) Selbstverständlich steht an sich nichts im Wege, bei einer Sanierung das Grundkapital um einen Betrag herabzusetzen, der größer ist als der vor der Sanierung vorhandene Verlustsaldo. Das kann unter Umständen in sehr solider, billigenswerter Absicht geschehen. — Nur übermäßigen, in Verbindung mit der Verschleuderung junger Aktien vorgenommenen Herabsetzungen tritt die Ausführung im Text entgegen.

Hatten wir uns bisher mit den Schranken beschäftigt, die dem Schutze der nicht-zuzahlenden Mitglieder dienen, so sei jetzt noch auf einen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht, der die Sicherung der zuzahlenden Aktionäre bezweckt.

Regelmäßig wird ein Anreiz zur Aufbringung neuer Mittel dadurch geschaffen, daß für die Aufwendung weiteren Kapitals den Aktionären Vorzugsrechte gewährt werden. Gewöhnlich wird hierzu die Form der Vorzugsaktie gewährt. Ergebnis einer Sanierung ist in diesem Falle, daß das Aktienkapital zum Teil aus Vorzugsaktien, zum anderen Teil aus minderberechtigten, zusammengelegten Stammaktien besteht.

Diese Stammaktien, zuweilen ein ganz geringer Kapitalbetrag, kommen häufig in die Lage, erheblichen Einfluß auszuüben. Insbesondere gilt dies im Falle einer späteren Kapitalerhöhung. Ein Erhöhungsbeschluß kann nämlich nur dann gefaßt werden, wenn die Stammaktionäre für sich, und die Vorzugsaktionäre für sich, eine jede Gruppe besonders, der Erhöhung zustimmen (vgl. § 271 Abs. 2 HGB.) Die Stammaktionäre haben es in derartigen Fällen in der Hand, die Kapitalerhöhung zu verhindern, indem sie in gesonderter Beschlußfassung ihre Zustimmung verweigern. Mögen auch die Vorzugsaktionäre den weitaus größten Teil des Aktienkapitals darstellen und für sich mit ausreichender Majorität die Kapitalerhöhung befürworten, sie sind machtlos gegenüber dem Willen der Stammaktionäre.

Im Dezember 1905 hat sich in der Generalversammlung des Hörder Bergwerks- und Hüttenvereins dieser Fall tatsächlich ereignet. Gegen den Willen der Besitzer von 7 087 000 Mk. Vorzugsaktien erzwang eine Bankfirma als Vertreterin von 138 000 Mk. Stammaktien die Ablehnung einer für die Gesellschaft wichtigen Kapitalerhöhung.[19]) Die Stammaktionäre gaben ihren Widerstand in der Folge erst auf, als ihnen von den Vorzugsaktionären weitgehende Konzessionen gemacht waren, und ihnen unter geringfügiger Herabsetzung des Nennbetrages eine völlige Gleichstellung mit den Vorzugsaktionären gewährt wurde.

Daß diese Macht der Kleinen in weiten Kreisen wohl bekannt ist, zeigt sich darin, daß an der Börse derartige Stammaktien häufig zu einem Kurse notiert werden, der ihren Ertragswert weit übersteigt. Die Börse rechnet damit, daß gelegentlich Situationen eintreten, wo diese geringen Sonderkapitalien von erheblicher Bedeutung sind.

Bei einer Sanierung muß man es daher möglichst vermeiden, verschiedene Aktiengattungen zu schaffen. Es gibt hierfür einen sehr einfachen Weg. Wenn man den zuzahlenden Aktionären Vorzugsrechte gewähren will, so verkörpere man sie **nicht** in einer **Vorzugsaktie**, sondern in einem besonderen **Genußscheine**.[20]) Dieser Genußschein kann dasselbe bieten, wie eine Vorzugsaktie: Dividenden-Vorrechte, Vorzugsansprüche im Falle der Liquidation u. a. — Von großem Vorteil ist aber in diesem Falle, daß das Aktienkapital ein einheitliches bleibt; es ist hierdurch ausgeschlossen, daß eine geringe Anzahl von Stammaktien Obstruktion gegen den Willen der Vorzugsaktionäre macht.[21])[22])[23])

[19]) Vgl. Saling, Börsenjahrbuch II. 1906/7, S. 763.

Die Klage des Gesellschafters einer G. m. b. H. auf deren Auflösung durch Richterspruch.

Von Landgerichtsrat **Dr. Marcus** in Berlin.

Außer den Auflösungsgründen der §§ 60, 62 Ges. betr. d. G. m. H. ist im § 61 Gesellschaftern das Recht gegeben, im Wege der Klage die Auflösung der Gesellschaft durch Richterspruch zu erwirken, vgl. im Allgem. Staub-Hachenburg Komm. z. Ges. betr. d. G. m. H. 2. Aufl. 466-469. Dieses Klagerecht, dem Aktienrecht, dem sonst die G. m. b. H. nachgebildet ist (RJA. Zusst. 7, 210), fremd, hat sein Vorbild im § 133 HGB., seine Rechtfertigung gesetzgeberisch in dem „halbindividualistischen" Charakter gefunden. Deshalb kann jenes nicht, wie in der Denkschriftbegr. 85 geschehen, als „Minderheitsrecht" bezeichnet werden. Denn wenngleich ge-

[20]) Vgl. oben Anm. 10a.

[21]) Die Bildung von Genußscheinen ist übrigens auch im Einkommensteuer-Interesse vorteilhaft. Der auf die Genußscheine entfallende Gewinn kann von dem steuerpflichtigen Einkommen der Aktiengesellschaft abgezogen werden (vergl. Entscheidung des Pr. OVG. in Steuersachen Bd. 9, S. 240.)

Der auf die Vorzugsaktien entfallende Gewinn ist dagegen Dividende und natürlich zu versteuern.

[22]) Der Genußschein beeinträchtigt auch nicht den börsenmäßigen Handel der Aktien. So besteht bei einzelnen Papieren die Usance, daß die Aktien mit Genußscheinen geliefert werden (z. B. der Berliner Börse für die Kartonnagen-Industrie Loschwitz-Aktien). — Es werden ferner Aachen-Mastricht- und Warschau-Wiener Genußscheine selbständig gehandelt.

[23]) Neuerdings haben die Hibernia und die Berliner Elektrizitätswerke Vorzugsaktien neben den Stammaktien zum Zwecke der Betriebserweiterung ausgegeben. Auch hier birgt die Spaltung des Aktienkapitals Gefahren, sofern nicht die Majorität der Vorzugsaktien in sicheren Händen ist.

wiß zur Wahrung der gesellschaftlichen Minderheitsrechte gegen Majoritätsbeschlüsse, welche die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich machen können (Abs. 1 § 61) geeignet und bestimmt, dient das Recht auch und zwar ganz wesentlich dem Individualrecht des Einzelgesellschafters, (wegen des Unterschieds vgl. Goldschmidt System d. HR. 3 Aufl. 123) sofern nur die sonstigen Voraussetzungen der Abs. 1/2 § 61 vorliegen. Denn darüber, daß dann auch der Einzelgesellschafter das Klagerecht hat, herrscht kein Streit: vgl. auch Neukamp Komm. 2. Aufl. 186. Daß aber gerade zur Wahrung individualrechtlicher Interessen im Verband der G. m. b. H. § 61 allein Mittel und Wege weist, wird noch darzulegen sein. Die Schwierigkeiten der Umgrenzung, wann die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich oder sonstige in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden, Schwierigkeiten, die bei so vielen Rechtsgestaltungsklagen, d. h. diejenigen, bei denen durch konstitutives Urteil Recht zu schaffen, sich erheben, die aber die Judikatur gerade in den Fällen des § 138 HGB. in freier Rechtsfindung glücklich überwand, haben veranlaßt, daß das österr. Ges. betr. die G. m. b. H. vom 6. 3. 06 den § 61 des reichsdeutschen Mustergesetzes nicht aufgenommen hat. Obwohl die legislatorische Rechtfertigung der Bestimmung, nicht verkannt wurde (vgl. Skerlj, Komm. z. österr. Ges. Wien, Manz 1906 S. 110) überwogen doch „die Bedenken, die sich bei der Konstruktion der Gesellschaft als Zweckvermögen vom theoretischen Standpunkt der Klage entgegenstellen müssen und die für den Richter bestehende Schwierigkeit, die Auflösungsgründe richtig zu beurteilen", „da deren Beurteilung ihm in vielen Fällen eine nahezu unlösbare Aufgabe stellt. Involvieren diese Argumente ein unbegründetes Mißtrauen gegen die ordentlichen Gerichte, zumal ja nach §§ 84⁴, 86 österr. Ges. korrespondierend mit (§ 60³), 62 RG. den Verwaltungsbehörden keine leichteren Aufgaben gestellt sind, so versagt vollends die Erwägung der Gesetzgebungskommission Skerlj a. a. O. III), daß Abhilfe für die Nichtübernahme des § 61 RG. darin zu finden, daß die Auflösung ja durch einfache Majorität verschließbar sei: *Das ist aber grade der wunde Punkt bei kleinen Ges. m. b. H.*, die entweder von Anfang an nur aus zwei Gesellschaftern bestehen, was nach österr. wie nach deutschem Recht unbedenklich zulässig, oder deren Gesamtzahl auf zwei gesunken ist. In diesem Fall ist der Charakter der Gesellschaft, trotz der korporativen Gestalt und der beschränkten Haftung der Gesellschafter so stark individualistisch geartet, daß, wenn gar noch gleiche Teile bestehen, ohne die Hilfe des § 61 überhaupt nicht auszukommen ist. Insoweit stellt diese Bestimmung also eine gesetzgeberische Notwendigkeit dar, zumal die Abtretbarkeit der Geschäftsanteile bei so gearteten Gesellschaften ohne Weiteres mit Schwierigkeiten verbunden ist, der eine Gesellschafter dem andern also ohne das Recht aus § 61 Preis gegeben wäre, wenn letzterer, nicht vertragstreu, den Gesellschaftszweck illusorisch macht. Die gemeinbürgerliche Auflösungsgründe kraft Sozietätsrecht i. S. von l. 14 l. 63 § 10 Dig. pro socio 17,2 bezw. § 723, 726 BGB. ohne Weiteres gelten zu lassen, verbietet die Rechtspersönlichkeit der G. m. b. H. Deshalb also ist unser § notwendig gewesen. Für seine Auslegung ist, insbesondere in dem eben erörterten Fall die reiche Judikatur zu § 133 HGB., soweit eben persönliche Gründe aus dem Verhältnis der Gesellschafter in Frage kommen, analog anwendbar. (Vgl. hierzu Staub Pinner Komm. HGB. 8. Aufl. 503 ff.) Im Hinblick auf die Haftung jedes Gesellschafters für Volleinzahlung des gesamten Stammkapitals (§ 24 deutsch. RG., § 70 österr. G.) kann schon die wiederkehrende Weigerung der Verzögerung der Einzahlungen auf die Stammeinlage, außer den sonstigen Rechtsfolgen des Gesetzes, unter Umständen die Auflösungsklage rechtfertigen, soweit eben solche Verletzungen der Gesellschaftspflichten die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich machen. Anlangend den Charakter der Vorschrift des § 61, so muß, wenn es schon geboten erschien, für die rein individualistische offene Handelsgesellschaft im § 133 Abs. 3 HGB. Verträge zur Beseitigung des dort gegebenen Klagerechts für nichtig zu erklären, das Gleiche hier gelten, ohne daß § 61 Ges. betr. G. m. b. H. das ausdrücklich sagt, ohne Weiteres a fortiori; insofern ist dort zwingendes Recht statuiert. Danach müssen auch Vertragsbestimmungen, welche bestimmte Tatbestände als Gründe der Auflösungsklage ausschließen, nichtig sein, wenn jene objektiv derartige sind, daß durch ihren Eintritt dem Satzungszweck gegenüber der Gesellschaftszweck als unmöglich geworden erscheint. Insofern bedarf die Ausführung bei Staub-Hachenburg a. a. O. Anm. 11 der Modifikation, während mit Recht in Anm. 12 dort angenommen wird, daß soweit hinsichtlich der Klagebedingungen aus § 61 erleichternde Bestimmungen des Vertrages in Frage kommen, überhaupt nicht § 61 Platz greifen kann, da dieser ein Sonderrecht normiert, das nicht im Gesellschaftsvertrag seine Grundlage hat, sondern lediglich im Gesetze.

Was die im § 61³ geregelte Zuständigkeit des Gerichts angeht, so ist dieselbe vom Werte des Streitgegenstands allerdings unabhängig (Staub-Hachenburg Anm. 8), also Prorogation ausgeschlossen und Revision stets zulässig: §§ 40, 547² ZPO. Indessen ist doch für die Bestimmung des Werts des Streitgegenstands im Hinblick auf § 5

Ges. zu beachten — daß derselbe gegenüber Abs. 2 § 61 nie unter 2000 Mk. zu bemessen ist. Dies würde zu der Bemerkung bei Staub-Hachenburg Anm. 9 a. a. O. nachzutragen sein.

— — —

Rechtliche Bedeutung einer gemäß § 326 BGB. gestellten zu kurz bemessenen Nachfrist.

Von Gerichtsassessor Dr. **Karl Hirsch**-Frankfurt a. M.

Gemäß § 326 BGB. muß die beim Leistungsverzug vom nichtsäumigen Teile dem Säumigen zu bestimmende Frist „angemessen" sein.

Was angemessen sei, ist unter Berücksichtigung des § 242 BGB. nach den Umständen des Falles zu beurteilen.

Hat der Nichtsäumige eine zu lange Frist gesetzt, so muß er den Ablauf der von ihm bestimmten Frist abwarten. Darüber besteht kein Streit.

Über die Frage aber, welche rechtliche Bedeutung eine nach § 326 gestellte Nachfrist habe, wenn sie *zu kurz* bemessen sei, herrscht eine tiefgreifende Meinungsverschiedenheit zwischen Theorie und Rechtsprechung.

Das Reichsgericht steht in seinen bisherigen in dieser Frage getroffenen Entscheidungen auf dem Standpunkt, die zu kurz gestellte Frist setze ohne Weiteres den Lauf der angemessenen längeren Frist in Bewegung. (Vgl. die neueste Entsch. Bd. 62 S. 67 und die dort zitierten Entscheidungen). Diese Ansicht wird von Cosack, Düringer, Dernburg und neuerdings Goldmann geteilt.

Dagegen halten Enneccerus, Planck und Schollmeyer eine derartige Fristbestimmung für wirkungslos.

Staub ist der Ansicht, daß bei Schweigen des Säumigen nach „Treu und Glauben" anzunehmen sei, derselbe sei mit der Fristsetzung einverstanden, widerspreche der Säumige der gestellten Frist unter Angabe von Gründen, so müsse er in der von ihm für angemessen erachteten Frist, über deren Angemessenheit bei Streit der Richter zu entscheiden habe, erfüllen.

Cosack beruft sich für seine Ansicht darauf, daß das BGB. in § 326 das Wahlrecht nicht davon abhängig mache, daß der Säumige „nicht innerhalb der ihm vom Nichtsäumigen gesetzten Frist" leiste, sondern davon, daß er nicht rechtzeitig leiste. Nun ist der Ausdruck „rechtzeitig" — zumal der Verzug bereits eingetreten — allerdings nicht sonderlich glücklich gewählt, aber mit Recht weisen Schollmeyer und Planck darauf hin, daß „rechtzeitig" gleichbedeutend sei mit „vor Ablauf der Frist."

Die Vorschrift des § 326, daß der Nichtsäumige dem Säumigen eine angemessene Frist bestimmen müsse, wäre überflüssig, wenn es auf die Angemessenheit der gesetzten Frist gar nicht ankommen sollte, sondern nur auf die Rechtzeitigkeit der Lieferung. Aus der Wahl der Perfektums in § 326 („wenn nicht die Leistung rechtzeitig *erfolgt ist*") im Gegensatz zu dem Präsens in § 250 (wenn nicht die Herstellung rechtzeitig *erfolgt*), dürfte, wie ich im Gegensatz zu Eccius annehme, weder für die eine, noch für die andere Ansicht sich ein Stützpunkt ergeben.

Zur Unterstützung der Ansicht Cosacks macht Neumann „nach Grundsätzen der Billigkeit" folgende Ausführungen:

„Durch die Fristsetzung wird jedenfalls dem Säumigen bekannt, daß der Gegner ablehnen will; er weiß, daß er dieser Ablehnung durch rechtzeitige Nachleistung vorbeugen kann, leistet er nunmehr nicht, so hat er sich selbst die Folgen zuzuschreiben".

Aber nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, auch der „Billigkeit" dürfte diese Ansicht nicht entsprechen:

Der Säumige, der innerhalb der ihm gestellten zu kurzen Frist nicht leisten kann, muß annehmen, daß nach Ablauf derselben der Gegner die Leistung nicht annehmen werde — sonst hätte dieser eine längere Frist gesetzt — und man wird ihm zugestehen müssen, daß er die Leistung nicht zu versuchen braucht.

Nun hat das RG. (I. Zivils.) zwar ausgesprochen, daß eine zu kurze Fristsetzung unwirksam sei, wenn sie etwa blos zum Schein geschehe (Seuff. Archiv 59 Nr. 150, doch steht m. E. mit dieser Entsch. eine frühere des II. Zivils. (Entsch. Bd. 56 S. 231) in Widerspruch, ohne daß es zu einer Plenarentscheidung gekommen wäre. In letzterem Falle war zu einer Patentanmeldung in Amerika (!) eine Frist von — 5 (fünf) Tagen gesetzt der dolus somit offenbar. Wenn man sich auf den Standpunkt des I. Senats, der jedenfalls als der praktischene, erscheint, stellt wird es übrigens regelmäßig schwer sein, festzustellen, ob die zu kurze Fristbestimmung ernstlich gemeint war.

Staub bezieht sich für seine Ansicht auf die unter der Herrschaft des alten Rechts von der Rechtsprechung aufgestellten ähnlichen Grundsätze, von denen abzuweichen kein Grund vorläge.

Er zitiert eine Entsch. des ROHG. Bd. 8 S. 127 und eine Entsch. des RG. (Bolze 11 Nr. 395). Diese beide Entscheidungen gehen davon aus, daß dem Säumigen *auf Ansuchen* eine Frist *zu gewähren* sei und führen aus, daß *deshalb* der Säumige, wenn die gewährte Frist zu kurz sei, widersprechen müsse. Diese Entscheidungen sind für das neue Recht ebensowenig wie die Entscheidung des RG.

7, 79 verwertbar, denn darin besteht — wie Staub selbst darlegt — gerade der Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Recht, daß nicht mehr eine den Umständen nach angemessene Frist zu gewähren (Art. 356 ADHG.), sondern eine angemessene Frist von dem Nichtsäumigen zu bestimmen ist.

Dem § 326 BGB. dürfte nur die Ansicht gerecht werden, welche eine zu kurze Fristbestimmung für unwirksam hält:

Das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung bezw. Rücktritt ist abhängig von der Bestimmung einer angemessenen Frist durch den nichtsäumigen Vertragsteil und von dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist. Diese Vorbedingung ist nicht erfüllt, wenn die gesetzte Frist zu kurz ist. Es wäre allerdings möglich, daß aus ganz bestimmten Umständen bei Festsetzung der Frist der Wille des Gläubigers hervorginge, daß eventell an Stelle der zu kurzen Frist die angemessene treten solle. Dann wäre die Fristbestimmung genügend; aber nur dann, die Ansicht des RG., daß

„wenn der Gläubiger sich in der Angemessenheit der Zeitdauer vergreift .... „das Gericht diesen Fehler zu verbessern" habe erweitert die Rechte des Gläubigers und des Gerichts in einer Weise, die weder dem Wortlaut des Gesetzes, noch den Verkehrsinteressen entspricht.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Rheinisch-Westfälisches Kohlensyndikat. 1) Dürfen die zum Syndikat gehörigen Hüttenzechen den ganzen für ihren Hüttenbetrieb erforderlichen Bedarf an Kohlen, Koks und Briketts den ihnen gehörigen, insbesondere auch den von ihnen neu erworbenen Kohlenzechen, ohne Einwirkung des Syndikats umlagenfrei entnehmen und ihn als Selbstverbrauch behandeln, so daß er auf die Beteiligungsziffer nicht in Anrechnung kommt? 2) Sind die Hüttenzechen berechtigt, die ihnen gehörigen Bergwerke in Bezug auf Feststellung der Beteiligungsziffer als ein ganzes zu betrachten?

I. Urt. des RG. I. ZivSen. vom 10. Nov. 1906. I. 56. 06.

Die Klägerin gehörte schon unter dem alten Syndikatsvertrag vom $\frac{31.\ \text{Juli}}{20.\ \text{September}}$ 1895 dem Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikat als Hüttenzeche an. Sie hatte beim Inkrafttreten des neuen Syndikatsvertrages vom $\frac{15.\ \text{September}}{1.\ \text{Oktober}}$ 1903 für ihre Zeche, welche sie damals als einzige besaß, eine Beteiligungsziffer von x Tonnen zugebilligt erhalten. Nach dem Inkrafttreten des neuen Syndikatsvertrags kaufte die Klägerin im Oktober 1904 die bis dahin dem B. V. gehörige Hüttenzeche „H.", welche beim Syndikat mit y Tonnen beteiligt war, und im März 1905 von der Gewerkschaft „F. N." die Kohlenzeche gleichen Namens mit einer Beteiligung am Syndikat von z Tonnen noch hinzu. Die Beteiligungsziffern wurden von den Verkäufern in den Verträgen ausdrücklich auf die Klägerin übertragen. Über die Behandlung der neu erworbenen Zechen entstanden unter den Parteien Meinungsverschiedenheiten. Die Klägerin nahm nämlich erstlich für sich das Recht in Anspruch, ihren ganzen Bedarf an Kohlen, Koks und Briketts für ihren Hüttenbetrieb gemäß § 1 Nr. 2a Abs. 2 des Syndikatsvertrags ohne Einwirkung des Syndikats den Zechen H. und F. N. umlagenfrei zu entnehmen und als „Selbstverbrauch" zu behandeln; zweitens beanspruchte Klägerin aber auch noch für sich das Recht, daß auf Grund des § 2 Nr. 5 des Syndikatsvertrages ihre Beteiligung für ihre drei genannten Zechen als ein Ganzes betrachtet und ihr gestattet werde, die dem Syndikat zu liefernden Kohlenmengen beliebig aus jeder der drei Zechen zu entnehmen. Das Kohlensyndikat bestritt die Berechtigung dieser Ansprüche. Als die Klägerin im November 1904 Kokskohlen ihrer Zeche H. und im März 1905 Kohlen ihrer Zeche F. N. nach ihrem Hüttenwerk schaffen ließ, wurde sie auf Grund des § 8 des Syndikatsvertrages vom Beirat des Syndikats in eine Strafe von je 2000 Mk. genommen, welche Summen das Syndikat von den Kaufpreisen, die für die von der Klägerin gelieferten Kohlen zu zahlen waren, abgezogen hat. Die Klägerin erhob daraufhin im Jahre 1905 gegen das Syndikat zwei Klagen, von welchen die erste vom Februar 1905 sich auf die Verhältnisse der Zeche H., (s. unter Nr. II.) die zweite vom April 1905 sich auf die Verhältnisse der Zeche „F. N." bezog. Mit dieser letzteren Klage beantragte die Klägerin unter Aufrechterhaltung ihres oben gekennzeichneten rechtlichen Standpunktes, die Beklagte (d. i. die Aktiengesellschaft, Rheinisch-Westfälisches Kohlensyndikat) zu verurteilen:

1) anzuerkennen, daß die Klägerin berechtigt sei, den zu ihrem Hüttenbetrieb erforderlichen Bedarf an Kohlen, Koks und Briketts umlagenfrei der Produktion ihres Grubenfeldes F. N. zu entnehmen, ohne daß dieser Bedarf auf die Beteiligungsziffer in Anrechnung komme,

2) anzuerkennen, daß die Klägerin ferner berechtigt sei, die ihr zugehörigen Schachtanlagen von

D., H. und F. N. in bezug auf Feststellung der Beteiligungsziffer als ein Ganzes zu betrachten, sodaß der Klägerin eine Gesamtbeteiligungsziffer von x+y+z Tonnen zustehe und

3) der Klägerin 2000 Mk. nebst Zinsen zu bezahlen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Sie behauptete, die Produktion derjenigen erworbenen Zechen habe in Ermangelung besonderer Ausnahmsbestimmungen im Sinne des § 2 Nr. 1 Abs. 2 des Syndikatsvertrags dem Syndikat ganz zur Verfügung gestellt werden müssen, die Klägerin müsse auch die Kohlen aus diesen Werken von ihr kaufen und die im Syndikatsvertrage festgesetzte Umlage hiefür ebenso zahlen, als wenn sie die Kohlen für ihre Hüttenwerke durch Vermittelung des Syndikats von der Zeche eines anderen Kontrahenten des Syndikatsvertrags geliefert erhielte. Der Abzug der 2000 Mk. sei deshalb gerechtfertigt gewesen. Der erste Richter erkannte nach den Anträgen der Klägerin.

Bei der mündlichen Verhandlung in der von der Beklagten beschrittenen Berufungsinstanz erklärte diese, sie wolle der Klägerin nicht mehr die Befugnis bestreiten, die Beteiligungsziffern der in ihrem Besitze vereinigten Bergwerke in Gemäßheit des § 2 Nr. 5 des Vertrags durcheinander zu rechnen und im Hinblick auf die Beteiligungsziffer ihre sämtlichen Schachtanlagen auf diesen Bergwerken als ein Ganzes zu betrachten.

Der Berufungsrichter änderte das erste Urteil dahin ab, daß ausgesprochen wurde, die der Klägerin gehörenden Schachtanlagen H., D. und F. N. seien in bezug auf die Feststellung der Beteiligungsziffer als ein Ganzes zu betrachten, so daß der Klägerin eine Gesamtbeteiligungsziffer von x+y+z Tonnen zustehe. Mit ihren Mehrforderungen wurde die Klägerin abgewiesen.

Das Revisionsgericht stellte das erste Urteil wieder her, erkannte also ganz nach den Anträgen der Klägerin. Die Gründe lauten folgendermaßen.

Der Revision der Klägerin war der Erfolg nicht zu versagen, weil das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts, wie die Revision mit Recht geltend macht, auf einer rechtsirrtümlichen Auslegung des § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 des Syndikatsvertrages vom $\frac{15.\ \text{September}}{1.\ \text{Oktober}}$ 1903 beruht.

Wie unter den Parteien unbestritten und in dem angefochtenen Urteil eingehend dargelegt ist, standen sich bei den Verhandlungen über den neuen Syndikatsvertrag die Interessen der Kohlenzechenbesitzer, die im alten Syndikat vereinigt waren, und die Interessen der Hüttenzechenbesitzer, — deren Beitritt zu dem neuen Syndikat von den Kohlenzechenbesitzern dringend gewünscht wurde, die aber ohne die Einräumung gewisser Vorzugsrechte für das Syndikat nicht zu haben waren, — einander schroff gegenüber. Nach längeren Verhandlungen erreichte man den Beitritt der Hüttenzechenbesitzer durch die Gewährung eines Vorzugsrechtes, das zu einer neuen Fassung der in § 1 Nr. 2 des Syndikatsvertrages enthaltenen Bestimmungen geführt hat. Während nach § 1 Nr. 1 die vertragschließenden Zechenbesitzer ihre gesamten Produkte an Kohlen, Koks und Briketts dem Syndikate verkaufen, welches dagegen die Verpflichtung zur Abnahme und zum Weiterverkauf der Produkte nach Maßgabe der getroffenen Festsetzungen übernimmt, wird in § 1 Nr. 2 lit. a. bis b. bestimmt, welche Produkte von dem Verkaufe an das Kohlensyndikat ausgeschlossen sind. Nach lit. a. Abs. 1 gehören hiezu die zu eigenen Betriebszwecken der Zechen erforderlichen Kohlen, Koks und Briketts, — der Selbstverbrauch —, und Absatz 2 bringt den Vorzug, welcher den Hüttenzechenbesitzern gewährt wurde, mit folgenden Worten zum Ausdruck:

„Für diejenigen Zechenbesitzer, welche bei Abschluß des Vertrags gleichzeitig Eigentümer von Hüttenwerken sind, gelten auch die zu den eigenen Verbrauchszwecken ihrer Hüttenwerke und deren Zubehör erforderlichen Produkte als Selbstverbrauch."

Auf diese Bestimmung stützt sich die Klägerin, welche als Besitzerin der Hüttenzeche D. mit einer Beteiligungsziffer von x Tonnen dem Syndikate beigetreten war, im Oktober 1904 die mit y Tonnen am Syndikat beteiligte Hüttenzeche H. hinzuerwarb und im März 1905 auch noch die Kohlenzeche „F. N." mit einer Beteiligung von z Tonnen von der Gewerkschaft gleichen Namens hinzukaufte. Das Verlangen der Klägerin, die erwähnten drei Zechen inbezug auf die Beteiligungsziffer als ein Ganzes mit einer Gesamtbeteiligungsziffer zu x+y+z Tonnen betrachten zu dürfen, ist durch ein entsprechendes Zugeständnis der Beklagten in der Berufungsinstanz erledigt worden. Es handelt sich deshalb in diesem Rechtsstreit nur noch um das von der Klägerin auf Grund des § 2 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 der Syndikatsbestimmungen verlangte Anerkenntnis der Beklagten, daß die Klägerin berechtigt sei, den zu ihrem Hüttenbetrieb erforderlichen Bedarf an Kohlen, Koks und Briketts umlagenfrei der Produktion ihres Grubenfeldes „F. N." zu entnehmen, ohne daß dieser Bedarf auf die Beteiligungsziffer in Anrechnung kommt, und weiter noch um die Rückgabe der 2000 Mk., welche der Klägerin als Strafe dafür abgezogen worden sind, daß sie im März 1905 Kohlen aus ihrer Zeche „F. N." nach ihrem Hüttenwerke schaffen ließ. Diese Ansprüche, welche das Landgericht als berechtigt anerkannt hatte, sind vom

Berufungsgerichte als unbegründet abgewiesen worden. Die Gründe, auf welche sich das Berufungsgericht bei dieser seiner Entscheidung stützt, erweisen sich aber im Hinblick auf § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 des geltenden Syndikatsvertrags als nicht haltbar. Die einzige Voraussetzung für die hier gewährte Vergünstigung ist die, daß die Zechenbesitzer, welche sie in Anspruch nehmen „bei Abschluß des Vertrags gleichzeitig Eigentümer von Hüttenwerken sind"; in diesem Falle gelten auch die zu den eigenen Verbrauchszwecken ihrer Hüttenwerke und deren Zubehör erforderlichen Produkte als Selbstverbrauch. Irgend welche Beschränkungen dieses Vorzugsrechtes, dessen große Bedeutung besonders bei einer Steigerung des Hüttenbetriebs in die Augen fällt, sind weder an dieser noch an einer anderen Stelle des Syndikatsvertrags beigefügt, und es ist insbesondere auch keinerlei Einschränkung der Vergünstigung für den Fall angeordnet, daß ein Hüttenzechenbesitzer zu dem Hüttenwerk, das er beim Abschluß des Vertrages bereits besaß, eine weitere Hüttenzeche oder eine Kohlenzeche hinzuerwirbt. Daß es jedem der Syndikatsmitglieder freistand, während der Vertragsdauer Kohlenzechen oder Hüttenzechen anderer Syndikatsmitglieder zu dem bisherigen eigenen Besitze, mochte er in einer Kohlenzeche oder in einer Hüttenzeche bestehen, hinzuzuerwerben, ist unter den Parteien unstreitig; ebenso steht fest, daß hinsichtlich der Folgen, welche ein derartiger neuer Erwerb auf die Rechte und Pflichten der Syndikatsmitglieder hat, andere ausdrückliche Bestimmungen im Vertrage nicht getroffen sind, außer der einen in § 1 Nr. 1 Abs. 2 enthaltenen, daß die Pflicht der Syndikatsmitglieder, alle ihre Produkte an Kohlen, Koks und Briketts dem Syndikate ausschließlich zur Verfügung zu halten, sich auf alle Felder und Schachtanlagen erstreckt, die ein Zechenbesitzer „zu Eigentum oder in Pacht oder sonst zur Benutzung erworben hat oder erwerben wird." Mangels einer besonderen beschränkenden Bestimmung gilt somit das Vorzugsrecht, welches § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 den Zechenbesitzern einräumte, die beim Vertragsabschluß gleichzeitig im Besitze von Hüttenwerken waren, auch dann, wenn sie während der Vertragsdauer ein anderes Werk, sei es nun eine Kohlenzeche oder Hüttenzeche hinzuerwerben. Denn das an jener Stelle des Vertrags den Hüttenzechenbesitzern gewährte Recht, auch die zu den eigenen Verbrauchszwecken ihrer Hüttenwerke und deren Zubehör erforderlichen Produkte als Selbstverbrauch unmittelbar aus ihren Schachtanlagen und ohne die Mitwirkung des Syndikats umlagenfrei zu beziehen, erscheint als ein dieser Klasse der Syndikatsmitglieder persönlich erteiltes Privilegium, für dessen Ausübung einzig und allein das jeweilige Bedürfnis des Hüttenzechenbesitzers maßgebend ist, der die Vergünstigung genießt. Unstreitig ist nun die Klägerin eine Zechenbesitzerin, die bei Abschluß des Syndikatsvertrags gleichzeitig im Besitz eines Hüttenwerks gewesen ist. Sie hat deshalb auf die den Hüttenzechenbesitzern im Vertrage zugebilligte besondere Vergünstigung Anspruch und kann verlangen, daß die zu den eigenen Verbrauchszwecken ihrer sämtlichen Hüttenwerke und deren Zubehör erforderlichen Produkte aus allen Schachtanlagen, die sie in Besitz hat, als Selbstverbrauch ganz nach Maßgabe ihres Bedürfnisses entnommen werden dürfen. Hieraus folgt, daß die Klägerin mit dem hierauf sich beziehenden Anspruch der Klage im Rechte ist, daß sie auch befugt war, im März 1905 zu Hüttenzwecken Kohlen aus ihrer neu erworbenen Zeche F. N. zu entnehmen und nach ihrem Hüttenwerk schaffen zu lassen, daß sie wegen dieser Handlungsweise, zu der sie befugt war, nicht in Strafe genommen werden konnte und daß die Beklagte verpflichtet ist, die 2000 Mk., die sie der Klägerin als Vertragsstrafe entzogen hat, ihr zu ersetzen.

Das Berufungsgericht hat die hier dargelegte, dem klaren Wortlaut der Vertragsbestimmungen entsprechende Auslegung des § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 zwar für den Fall anerkannt, daß ein Hüttenzechenbesitzer während der Vertragsdauer eine Hüttenzeche hinzu erwirbt und hat deshalb in dem gleichzeitig verhandelten Fall, welcher den Erwerb der Hüttenzeche H. betrifft, nach den Anträgen der Klägerin erkannt. Das Berufungsgericht ist aber der Ansicht, daß die Sache anders liege, wenn von einem Hüttenzechenbesitzer während der Vertragsdauer eine reine Kohlenzeche erworben werde, wie das die Zeche F. N. ist; es hat deshalb in dem hier der Beurteilung unterstellten Streitfall das der Klage stattgebende landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klägerin mit ihren Ansprüchen abgewiesen. Die Gründe, auf welche sich das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung stützt, sind aber rechtlich nicht haltbar, und es können die Befugnisse, welche kraft des § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 des Vertrags dem Hüttenzechenbesitzer zustehen, nicht anders bemessen werden, wenn er eine Hüttenzeche hinzu erwirbt als in dem Falle, wenn er seinem bisherigen Besitze eine Kohlenzeche hinzufügt. Das Berufungsgericht stützt sich zur Rechtfertigung seiner rechtlichen Auffassung zunächst auf die Ausführung, daß bei der Veräußerung einer reinen Kohlenzeche an eine Hüttenzeche die Abnahmepflichten der Beklagten berührt werden. Die reine Kohlenzeche habe bisher ihre Gesamtproduktion in Höhe der Beteiligungsziffer an die Beklagte liefern müssen, so daß aus ihrer Produktion anders als durch die Beklagte nichts auf den Markt gelangen konnte. Beim Erwerb

einer Kohlenzeche durch eine Hüttenzeche, die mit ihrer Produktion für ihre Zwecke nicht ausreichte und deshalb insoweit als Verkäuferin bei der Beklagten auftrat, trete aber, wenn das Hüttenwerk durch Steigerung der Produktion aus der neu erworbenen Kohlenzeche sein Bedürfnis decke, die Folge ein, daß der Beklagten in dem Hüttenwerk, das vordem bei ihr kaufen mußte, ein Abnehmer entgeht; das aber könnten die Kontrahenten des Vertrags nicht beabsichtigt haben. Diese Ausführung ist nicht schlüssig. Unzweifelhaft kann unter den vom Berufungsgericht angenommenen Voraussetzungen für die Beklagte die Folge eintreten, daß ihr ein seitheriger Abnehmer entgeht, wenn durch einen Hüttenzechenbesitzer eine Kohlenzeche hinzuerworben wird. Aber daraus ist noch nicht zu entnehmen, daß dieser Nachteil nicht die natürliche und notwendige Folge der Vergünstigung sei, welche den Hüttenzechenbesitzern tatsächlich eingeräumt worden ist. Es geht nicht an, aus der später eingetretenen mißlichen Folge, daß die Beklagte infolge der den Hüttenzechenbesitzern gewährten Vergünstigung einen Abnehmer verliert, den Schluß zu ziehen, daß das beim Vertragsabschluß nicht gewollt worden sei, was sich aus dem unzweideutigen Inhalt der vereinbarten Bestimmung ergibt. Denn darauf, was die Beteiligten als ihren Vertragswillen erklärt haben und wie diese Erklärung nach der Verkehrsauffassung auszulegen ist, kommt es an, nicht auf die Beweggründe, welche für die Vertragschließenden leitend waren. Es ist deshalb unhaltbar, wenn das Berufungsgericht die Folge, welche sich aus der Vergünstigung des § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 für den Hüttenzechenbesitzer beim Erwerb einer Kohlenzeche ergibt, nicht gelten lassen will, weil sie der Beklagten nachteilig ist. Nicht das ist entscheidend, sondern einzig die Frage, ob sich die von der Klägerin in Anspruch genommene Berechtigung aus der Vertragsbestimmung ergibt, und diese Frage ist zu bejahen.

Das Berufungsgericht meint ferner, die Zeche „F. N." habe im Besitze der Klägerin nicht mehr Recht, als sie im Besitze der Gewerkschaft „F. N." hatte: die Zeche habe nach wie vor ihre ganze Förderung der Beklagten zu liefern: aus ihr dürften Kohlen, Koks und Briketts zur Befriedigung des Selbstverbrauches des der Klägerin gehörigen Hüttenwerkes nicht entnommen werden. Auch diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Bei den Ansprüchen, welche die Klägerin erhoben hat, handelt es sich nicht um Rechte, welche sie als Rechtsnachfolgerin der früheren Gewerkschaft „F. N.", deren Kohlenzeche sie erwarb, geltend macht. Die Rechte, welche dieser Gewerkschaft aus dem Gewerkschaftsverhältnisse gegenüber den übrigen Gesellschaftern zustehen, sind gemäß § 717 des BGB. nicht übertragbar. Es handelt sich vielmehr bei den Ansprüchen der Klägerin lediglich um die Ausübung von Rechten, welche ihr in ihrer Eigenschaft als Hüttenzechenbesitzerin kraft der Bestimmung des Abs. 2 lit. a. in § 1 Nr. 2 des Syndikatsvertrags in bezug auf die Benutzung ihrer neu erworbenen Kohlenzeche „F. N." zur Deckung des Selbstverbrauchs ihrer Hüttenwerke und deren Zubehör zukommen. Auf Grund ihres eigenen, bei Beitritt zum Syndikat ihr eingeräumten persönlichen Rechtes hat die Klägerin für sich die Befugnis in Anspruch genommen, den zu ihrem Hüttenbetrieb erforderlichen Bedarf an Kohlen, Koks und Briketts umlagenfrei der Produktion ihres Grubenfeldes „F. N." zu entnehmen, ohne daß dieser Bedarf auf die Beteiligungsziffer in Anrechnung kommt, und dieser Anspruch ist ebenso begründet, wie die Forderung auf Herauszahlung der als Strafe zurückbehaltenen 2000 Mk. nebst Zinsen. Das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts zu 2) war demnach aufzuheben und in der Sache selbst die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

* * *

II. Urt. des RG. I. ZivSen. vom 10. Nov. 1906 47. 06.

Der ersten unter dem 5. Februar 1905 bezüglich der Zeche H. angestellten Klage, mit welcher Klägerin Rückzahlung der ihr dafür auferlegten Geldstrafe begehrte, daß sie Kohlen aus ihrer Zeche H. unmittelbar und ohne Vermittlung des Syndikats nach ihrem Hüttenwerk verschickt hatte, wurde in allen Instanzen stattgegeben. Die Zeche H. war eine Hüttenzeche d. h. der B. V., dem sie bisher gehört hatte, war, ebenso wie die Klägerin nicht nur Eigentümer von Kohlenbergwerken, sondern auch von Eisenwerken. Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Wie unter den Parteien nicht bestritten und in den Urteilen der Vorinstanzen des näheren dargelegt, ist der mehrfach erwähnte Vertrag (der Syndikatsvertrag von 1903) erst nach längeren Verhandlungen zustande gekommen, bei welchen sich die bereits durch Vertrag vom 31. Juli / 20. September 1895 zu einem Syndikat vereinigten Kohlenzechenbesitzer und die Besitzer sog. Hüttenzechen als Interessengruppen gegenüber standen. Nur gegen Gewährung eines gewissen Vorzuges sind die Hüttenzechenbesitzer vermocht worden, dem Syndikat beizutreten. Dieser Vorzug ist besonders in der in § 1 Nr. 2 enthaltenen Bestimmung gelegen. Hier werden unter lit. a—e diejenigen Fälle einzeln angeführt, in

welchen von den Zechen geförderte oder produzierte Kohlen, Koks und Briketts nicht dem Verkauf durch das Syndikat unterliegen. Hierzu gehört zunächst „der Selbstverbrauch“ (vgl. lit. a) nämlich die zu eigenen Betriebszwecken der Zechen erforderlichen Kohlen etc., welche in solcher Gestalt vernichtet werden, daß sie nicht wieder in anderer Form auf den Markt gebracht werden können. Hinsichtlich der Hüttenzechenbesitzer ist dieser Selbstverbrauch dahin näher präzisiert (ausgedehnt),

„daß auch die zu den eigenen Verbrauchszwecken der Hüttenwerke und deren Zubehör erforderlichen Produkte als Selbstverbrauch zu gelten haben.“

Die einzige Voraussetzung dieser Vergünstigung ist, daß die fraglichen Zechenbesitzer „bei Abschluß dieses Vertrags“ (nämlich des Vertrags vom 15. September / 1. Oktober 1903) gleichzeitig „Eigentümer von Hüttenwerken“, also sog. Hüttenzechenbesitzer sind, ein Erfordernis, das bei der Klägerin unbestritten vorliegt.

Nirgends aber ist in dem Vertrag eine Bestimmung enthalten, welche dieses den Hüttenzechenbesitzern eingeräumte Privileg in irgend einer Weise wieder einschränkt oder von anderen, weiteren Voraussetzungen abhängig macht. Insbesondere findet sich nirgends eine Beschränkung des Inhalts, daß die allgemein normierte Begünstigung sich etwa nur auf diejenigen Zechen beziehe, welche die Hüttenzechenbesitzer zur Zeit des Abschlusses des Vertrags gerade besaßen. Im Gegenteil muß aus der Bestimmung des § 1 Abs. 2 welche den in Abs. 1, a. a. O. als Regel aufgestellten Verkauf der Produkte an das Syndikat auch auf alle Felder und Schachtanlagen ausdehnt, die ein Zechenbesitzer zu Eigentum oder in Pacht oder sonst zur Benutzung noch erwerben wird, gefolgert werden, daß ebenso wie die Regel so auch die von der Regel gemachten Ausnahmen sich in gleicher Weise auf die künftig von einem Zechenbesitzer erworbenen Zechen beziehen, Das Oberlandesgericht hat nun nach Ansicht des Senats den Vertrag vom 15. September / 1. Oktober 1903 allerdings insofern ungünstig ausgelegt, als es abweichend von dem ersten Richter die in § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 für die Hüttenzechenbesitzer vorgesehene Vergünstigung auf diejenigen Fälle beschränkte, in welchen ein Hüttenzechenbesitzer eine Zeche erwirbt, die schon seither in der Hand eines Hüttenzechenbesitzers, also eine Hüttenzeche, im Gegensatz zur reinen Kohlenzeche, war. Nach seiner Auffassung würde sich hiernach die Klägerin dann nicht auf die Bestimmung des § 1 Nr. 2 lit. a. Abs. 2 berufen können, wenn die Zeche H. vor dem Erwerb durch die Klägerin eine, „reine Kohlenzeche“ gewesen wäre. Diese nach Ansicht des Senats aus dem Vertrag nicht abzuleitende Unterscheidung ist aber für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits um deswillen unerheblich, weil, wie das Oberlandesgericht feststellt und von vornherein im Prozeß unbestritten war, die Zeche H. seither und insbesondere bei Abschluß des Vertrags vom 15. Septbr. / 1. Oktober 1903 eine Hüttenzeche war.

Was die Revision gegen den Standpunkt der Klägerin geltend macht, kann als zutreffend nicht erachtet werden. Das gilt zunächst von der Betonung des Wertes „ihrer“ Hüttenwerke in § 1 Nr. 2 lit. a., womit die Folgerung begründet werden will, daß sich die Bestimmung nur auf die zur Zeit des Vertragsabschlusses in den Händen der Zechenbesitzern befindlichen Zechen beziehe. Die Unrichtigkeit dieser Folgerung ergibt sich schon aus dem Hinweis auf die bereits hervorgehobene Bestimmung der § 1 Nr. 1 Abs. 2. Ebensowenig kann aus den von der Revision dargelegten Konsequenzen der von der Klägerin vertretenen Rechtsauffassung etwas gegen ihre Richtigkeit entnommen werden. Die Beklagte meint, da kein Zechenbesitzer berechtigt sei, seine Kohlen unter Umgehung des Syndikats an einen anderen Zechenbesitzer direkt zu verkaufen, so könne ihm auch nicht gestattet sein, seine ganze Zeche zu verkaufen und damit den Selbstverbrauch des Käufers zu befriedigen. Diese Erwägung steht in direktem Widerspruch mit der unter den Parteien unstreitigen Auffassung, daß der Syndikatsvertrag in keiner Weise den Umsatz von Zechen unter den einzelnen Syndikatsmitgliedern oder den Erwerb neuer Zechen durch dieselben hindert. In der Tat enthält der Vertrag in dieser Hinsicht keinerlei Beschränkung, und die Beklagte selbst vermag nicht etwa geltend zu machen, daß der Verkauf der Zeche H. von dem Syndikatsmitglied B. B. an die Klägerin an und für sich gegen den Syndikatsvertrag verstoßen habe. Haben sich aber die Syndikatsmitglieder in dieser Hinsicht keiner Beschränkung unterworfen, so ist es auch für die Wirksamkeit der nach dem Vertrag zulässigen Rechtsänderung ohne Bedeutung, aus welchen Motiven und zu welchen wirtschaftlichen Zwecken dieselbe von den Beteiligten vorgenommen wird. Auch die weitere Erwägung der Revision, daß durch eine derartige Rechtsveränderung bei Auslegung des Vertrags im Sinne der Klägerin, dem Syndikat ein Abnehmer möglicherweise verloren gehe, während doch die Beteiligungsziffern der Syndikatsgenossen und damit die vom Syndikat abzunehmende Menge dieselben bleiben, vermag die Unrichtigkeit jener Auslegung nicht darzutun. Richtig ist, daß, wenn einerseits der Veräußerer auch ohne die veräußerte Zeche seinen

Selbstverbrauch decken kann, andererseits der Erwerber, welcher bisher zu seinem Selbstbedarf noch Kohlen vom Syndikat kaufen mußte, durch den Erwerb in die Lage kommt, nunmehr seinen ganzen Selbstverbrauch zu decken, dem Syndikat ein regelmäßiger Abnehmer entgeht. Allein dieses Ergebnis ist eben lediglich die folgerichtige Konsequenz aus den Bestimmungen des Vertrags. Kein Gesetz gestattet aber einem Kontrahenten, einen Vertrag deshalb anzufechten oder seine Erfüllung aus dem Grunde abzulehnen, weil sich seine Ausführung im praktischen Ergebnisse ungünstiger gestaltet, als er angenommen hatte, oder weil sich Folgen ergeben, welche er überhaupt nicht vorausgesehen hat. Auch ein Rückschluß aus diesen Konsequenzen auf den Vertragswillen des Kontrahenten und die Folgerung, daß der Kontrahent, weil er die Konsequenz nicht wollte, auch den Vertrag nicht gewollt habe, wäre unberechtigt. Denn nicht darauf kommt es (von den Ausnahmefällen der §§ 116—118 BGB. abgesehen) an, was die Kontrahenten bei Abschluß eines Vertrages in ihrem Innern gewollt und gedacht haben, sondern darauf, wie sie ihren Vertragswillen erklärt haben und wie diese Willenserklärung objektiv nach der Auffassung des Verkehrs auszulegen ist.

Vgl. Danz die Auslegung der Rechtsgeschäfte, II. Aufl., insbesondere S. 21 ff., S. 195 ff.

Daß die Beklagte bei Abschluß des Vertrags sich über den Inhalt ihrer Erklärung in einem Irrtum befunden habe, der sie zu dessen Anfechtung berechtige, will dieselbe selbst nicht geltend machen. Der auf Grund längerer und langwieriger Verhandlungen geschlossene Syndikatsvertrag vom 15. September / 1. Oktober 1903 ist das Resultat sorgfältiger und eingehender Erwägungen, und es ist nicht anzunehmen, daß derselbe irgend eine Erklärung enthalte, welche die Kontrahenten abzugeben nicht Willens waren.

Aus denselben Erwägungen erledigt sich auch der § 2 Nr. 1 Abs. 2 gegen den Standpunkt der Klägerin hergeleitete Einwand. Während für die auf Grund des ersten Syndikatsvertrags vereinigten Syndikatsgenossen die Beteiligungsziffer maßgebend blieb, welche ihnen bisher zugebilligt war, ist für die auf Grund des Vertrags vom 15. Septbr. / 1. Oktober 1903 beigetretenen Zechenbesitzer die Feststellung ihrer Beteiligung durch besondere Vereinbarung vorgesehen. Diese Vereinbarungen sind aber gerade mit Rücksicht auf den neuen Vertrag und die in demselben enthaltenen Bestimmungen, so wie geschehen, getroffen worden. Und wenn die Beklagte erklärt, man hätte die der Klägerin bewilligte Beteiligungsziffer nicht gewährt, wenn die Verschiebung des Selbstverbrauchs, wie er durch den Erwerb der Zeche H. nunmehr ermöglicht wurde, vorausgesehen worden wäre, so kann die Klägerin mit besserem Rechte geltend machen, sie würde sich mit der ihr bewilligten Beteiligung nicht begnügt haben, wenn der neue Syndikatsvertrag Beschränkungen enthalten hätte, wie sie nunmehr von der Beklagten behauptet werden, obwohl die Bestimmungen des Vertrags über solche Beschränkungen keine Silbe enthalten.

Schließlich kann die Revision auch nicht mit Erfolg geltend machen, daß der Standpunkt der Klägerin mit § 717 BGB. Satz 1 in Widerspruch stehe, welcher die Übertragung der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse ausschließt. Die Rechte, welche die Klägerin auf Grund ihres Erwerbs der Zeche H. im vorliegenden Rechtsstreit festgestellt wissen will, leitet sie nicht von dem Rechtsvorgänger im Besitz dieser Zeche, dem B. V. ab, sondern sie stützt dieselben, wie ausgeführt, auf die Bestimmungen des Syndikatsvertrags, auf ihre Eigenschaft als Hüttenzechenbesitzerin, ganz unabhängig von der Frage, welche Rechte dem B. V. in der bezeichneten Richtung zustanden.

§ 15 Ges. betr. die Gesellsch. m. beschr. Haftung.

Bedarf es der in dieser Bestimmung vorgeschriebenen Form, falls eine offene Handelsgesellschaft, welche Mitglied einer Gesellsch. mit beschränkt. Haft. ist, sich mit einer anderen offenen Handelsgesellschaft vereinigt, behufs Übertragung des Stammanteils auf die neue Gesellschaft?

Der IV. Zivilsenat des OLG. in Frankfurt a. M. hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. 5. 06. die Berufung der Beklagten gegen das am 19. 12. 05. verkündete Urteil des LG. in Frankfurt a. M. zurückgewiesen.

Tatbestand.

Die Klägerin ist eine G. m. b. H. mit dem Sitze in Frankfurt a. M. Gegenstand des Unternehmens ist die Wahrung der gemeinschaftlichen Interessen der Rolladen- und Jalousiefabrikanten im allgemeinen und besonders die Hebung und Verbesserung der Verkaufspreise durch Schaffung einer Preiskonvention. Letztere ist abgeschlossen worden.

Nach dem Gesellschaftsvertrag (Statuten) sind die Mitglieder verpflichtet, bei Abgabe des Geschäfts dem Geschäftsnachfolger die Verpflichtung aufzuerlegen, in die Rechte und Pflichten des betreffenden

Gesellschafters einzutreten und außerdem neben den Stammeinlagen fortlaufend von jedem verkauften Quadratmeter Jalousien, Rolladen und Rollschutzwänden eine Abgabe von 10 Pfennigen an die Gesellschaft zu entrichten (cf. §§ 9, 16 des Statuts).

Die offene Handelsgesellschaft „Erste Ludwigshafener Rolladen-Jalousienfabrik T. & H." in Ludwigshafen war Mitglied der klagenden Gesellschaft. Die Gesellschafter dieser offenen Handelsgesellschaft waren die Beklagten G. T. und J. T. und außerdem ein gewisser J. H. Unter Ausscheiden des letzteren ging die Gesellschaft mit Aktiven und Passiven über auf die offene Handelsgesellschaft, die Beklagte zu 1, deren Gesellschafter die Beklagten G. und J. T. sind, so daß die beiden Gesellschafter eine einheitliche Gesellschaft unter der Firma der Beklagten zu 1 bilden. Die Auflösung der einen Gesellschaft und ihre Vereinigung mit der anderen wurde mittels Zirkulars auch der Klägerin angezeigt.

Die beklagte Gesellschaft Gebr. T. bestritt Mitglied der klagenden Gesellschaft durch ihre Vereinigung mit der Firma T. & H. geworden zu sein.

Die Klägerin hat deshalb Klage erhoben mit dem Antrage, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, anzuerkennen, daß die Beklagte zu 1 Gesellschafterin des Verbandes Deutscher Jalousien- und Rolladenfabriken G. m. b. H. zu Frankfurt a. M. ist.

Die Beklagten haben „Klageabweisung" beantragt.

Das LG. hat die Beklagten dem Antrag gemäß verurteilt.

Entscheidungsgründe.

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt; sie ist aber nicht begründet.

Die erhobene Klage ist eine Feststellungsklage, es wird nicht, wie es nach dem Wortlaut des Antrags erscheinen könnte, eine Leistung, nämlich ein Anerkenntnis verlangt, sondern die Feststellung, daß die Beklagte zu 1 Gesellschafterin der Klägerin ist (vgl. Gaupp-Stein, § 256 I, Abs. 3). Die Zugehörigkeit der Beklagten zu 1 zu der Klägerin ist ein Rechtsverhältnis. Das Interesse der Klägerin an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses ergibt sich daraus, daß, solange die Beklagten sich als außerhalb der Klägerin stehend betrachten, sie ihren Verpflichtungen dieser gegenüber, insbesondere in bezug auf Einhaltung der festgesetzten Preise (§ 2, Abs. 3, 18 des Gesellschaftsvertrages) und die zu leistenden Abgaben (§ 46 des Gesellschaftsvertrages) nicht nachkommen werden.

§ 8 des Gesellschaftsvertrages bestimmt in Übereinstimmung mit § 15, Abs. 3 des G. betr. die G. m. b. H., daß die Abtretung eines Gesellschaftsanteils der notariellen Form bedarf. Eine Abtretung liegt nur vor, wenn der Gesellschaftsanteil auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen wird, sodaß an Stelle des früheren Gesellschafters ein anderer von diesem verschiedener tritt.

Für eine Abtretung ist dann kein Raum, wenn das Rechtssubjekt, welches Gesellschafter der G. m. b. H. ist, nur umgeformt wird, sodaß es zwar seine Gestalt mehr oder weniger verändert, seine Identität aber gewahrt bleibt. Dies ist z. B. bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft oder dann der Fall, wenn aus einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet und das Geschäft von den verbleibenden Gesellschaftern allein oder zusammen mit einem an Stelle des Ausscheidenden tretenden Gesellschafters fortgeführt wird (vgl. Staub, G. betr. G. m. b. H., § 15, Anm. 9 und 12). An sich wird zwar durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nach § 131 HGB. die offene Handelsgesellschaft aufgelöst und es findet Liquidation statt.

Der Begriff „Auflösung" bedeutet jedoch, daß die Gesellschaft aufhört, ein Handelsgewerbe zu betreiben, daß die produktive Seite der Handelsgesellschaft aufhört (Staub, HGB., § 131, Anm. 1), und nach § 145 HGB. können die Gesellschafter auch eine andere Art der Auseinandersetzung beschließen, es kann insbesondere der ausscheidende Gesellschafter ohne Liquidation abgefunden und die Gesellschaft unter den anderen Gesellschaftern fortgesetzt werden. Wenn diese einen Geschäftsanteil an einer G. m. b. H. besaß, der also, wie alles Gesellschaftsvermögen, im Gesamteigentum aller Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft stand, so befindet sich dieser Geschäftsanteil nunmehr ohne weiteres im Gesamteigentum aller Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft in ihrer neuen Zusammensetzung, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedurfte, ohne daß ein solcher auch nur möglich wäre. Das Rechtssubjekt wechselt nicht, sondern trotz der Veränderung in der Person eines Gesellschafters wahrt es seine Identität (vgl. Staub, HGB., § 131, Anm. 7, Exkurs zu § 141, Anm. 3 G. betr. die G. m. b. H., § 15, Anm. 9 und 12).

Dieser Fall liegt hier, wie auch der Vorderrichter zutreffend annimmt, vor.

Unstreitig und nach Ausweis des Handelsregisterauszuges bestanden in Ludwigshafen zunächst nebeneinander zwei offene Handelsgesellschaften, nämlich 1. die Firma Gebr. T., welche sich mit der Herstellung von Kehlleisten, Möbel- und Sargornamenten befaßte und 2. die Firma „Erste Ludwigshafener Rolladen- und Jalousienfabrik T. & H.", welche die Herstellung von Rolläden und Jalousien betrieb; und waren Inhaber der ersteren Firma G. und J. T., Inhaber der letzteren

gleichfalls G. und J. T. sowie J. H. Letzterer schied aus der Firma aus und gleichzeitig wurde das Geschäft mit dem unter der Firma Gebr. T. betriebenen Geschäft verschmolzen, wobei die als nunmehrige einzige Teilhaber beider Geschäfte in Betracht kommenden Mitbeklagten G. und J. T. für die vereinigten Geschäfte die nunmehr von ihnen geführte offene Handelsgesellschaft - - die oben in der Urteilsformel angeführte veränderte Firma wählten. Eine Auflösung des unter der Firma: Erste Ludwigshafener Rolladen und Jalousienfabrik T. & H. betriebenen Geschäfts in dem oben erörterten Sinne war von den Beteiligten nicht gewollt. Dies ergibt sich deutlich daraus, daß unstreitig nach dem Rundschreiben gleichzeitig mit dem Austritt des H. das Geschäft „mit Aktiven und Passiven", also in seinem Totalbestand, von den Brüdern T. übernommen und mit der „Stamm firma Gebr. T. zu einem Unternehmen vereinigt' wurde und demgemäß unstreitigt der Betrieb des Geschäfts - - Herstellung von Rolläden und Jalousien fortgesetzt wurde und wird. Allerdings ist in dem an die Kunden versandten Rundschreiben gesagt, die Firma T. & H. sei aufgelöst worden und diese „Auflösung" ist auch in das Handelsregister eingetragen worden. Aber da nach dem hiervon gesagten nach Absicht der Beteiligten und wirtschaftlich nur eine Änderung in den Verhältnissen der Gesellschaft vorgesehen war, indem der dritte Teilhaber H. ausscheiden und die beiden verbleibenden Teilhaber das nunmehr zu ihrer Verfügung stehende Geschäft zusammen mit ihrem zweiten Geschäfte weiter betreiben sollten und betrieben haben, so kommt der Eintragung im Handelsregister nur formelle Bedeutung zu, denn bei einem Widerspruch mit den tatsächlichen Verhältnissen entscheidet der wirkliche Zustand. Auch die bei der Vereinigung der beiden Geschäfte vorgenommene Firmenänderung macht klar ersichtlich, daß die beiden früheren Geschäfte in ihr enthalten sind und die Produktionszweige beider fortgesetzt werden sollen; denn sie enthält Bestandteile beider früheren Firmennamen und nimmt auf beide Geschäftszweige Bezug: aus der Firma und dem Geschäfte Gebr. T. stammen die Worte „Rehlleisten-(fabrik)" und „(Gebrüder T.", aus der anderen Firma die Worte „Erste Ludwigshafener Rolladen-(fabrik)". Liegt also nicht eine Auflösung und Neugründung einer offenen Handelsgesellschaft vor, sondern ist die Erste Ludwigshafener Rolladen- und Jalousienfabrik T. & H., wenn auch in veränderter Form, in der Beklagten zu 1 enthalten, so ist diese ohne weiteres Eigentümerin des Geschäftsanteils und damit Mitglied der Klägerin. Es ist dabei gleichgültig, daß ihr Betrieb auch noch andere Geschäftszweige zum Gegenstand hat, denn sachlich unterliegt der Betrieb der Beklagten insoweit den Bestimmungen der Klägerin nicht, als der Betrieb sich auf Rehlleisten, Möbel und Sargornamente bezieht, da ja die Klägerin bezüglich dieser Geschäftszweige keine Bestimmungen trifft; formell ist jedenfalls die Beklagte zu 1 mit ihrem ganzen Geschäft Gesellschafterin der Klägerin.

Mit dem Vorderrichter ist sonach zu verneinen, daß es nach § 15 des G. über die G. m. b. H. einer notariellen oder gerichtlichen Übertragung des Geschäftsanteils bedurft habe.

Aus der Praxis des Handelsregistergerichts.

I. Überführung mehrerer und kombinierter Firmen

(§ 17, 18², 22 HGB.)

Der Umstand, daß der Firmenbegriff, wie ihn das HGB. § 17 bestimmt, den im Verkehr bestehenden Anschauungen nicht entspricht, insofern danach die Firmen nicht den Namen i. S. § 12 BGB., d. i. die durchein Wortgebilde herbeigeführte Individualitätsbezeichnung einer Person, sondern die Bezeichnung der gewerblichen Unternehmung, abgesehen von dem jeweiligen Inhaber, darstellt, führt zu formalistischer Behandlung firmenrechtlicher Fragen, die im Verkehr mit Recht als Erschwerungen empfunden werden.

Dies zeigt sich in der Kasuistik der aus der Überschrift erhellenden Fragen, (vergl. Staub-Stranz Komm. z. HGB. 8. Aufl. I A. 3 zu § 7,) die den Nichtjuristen befremdlich anmutet.

Wenn das HGB. dem Kaufmann die Befugnis nicht abspricht, mehrere Handelsetablissements mit verschiedenen Geschäftskreisen und verschiedenen Handlungsfonds, deren jeder von dem anderen getrennt, bestimmungsgemäß dem betreffenden Geschäftsunternehmen dienen soll, zu errichten (E. RO.HG. 20, 36), so muß ihm ohne Weiteres die Führung verschiedener Firmen gestattet sein, und es kann - - was ohne innere Gründe a. a. O. und Anm. 12 zu § 22 bestritten wird — keinen Unterschied machen, ob es sich um einen Einzelkaufmann oder um offene Handelsgesellschaften handelt; wie dies auch in E. RGZ. 16, 18 offensichtlich als zulässig voraus gesetzt, wenn auch nicht ausdrücklich entschieden ist. Aus den die Firmennormierung der offenen HG. betreffenden Bestimmungen § 20 HGB. entfließt kein Grund für die gegenteilige Annahme, ebensowenig aus dem Rechtscharakter der offenen Handelsgesellschaft. Dagegen ist zuzugeben, daß für die korporativen Handelsgesellschaften, die Aktiengesellschaft und die Gesellschaften m. beschr. Haftung

die doppelte Firmenführung durch Sonderbestimmungen ausgeschlossen erscheint (§ 20 HGB. § 4 RG. betr. die G. m. b. H.). Denn danach ist regelmäßig von dem Gegenstand des Unternehmens die Firma zu entlehnen und so dem Rechtssubjekt seine Individualität in der Weise aufgeprägt wird, daß Unternehmensbezeichnung und Namensbezeichnung sich decken. Ob im Falle des Erwerbes eines bestehenden Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns seitens einer offenen Handelsgesellschaft die Fortführung der bisherigen Firma statthaft und wie die registerliche Eintragung der Inhaber des erworbenen Geschäfts zu bewirken, dafür kommen die §§ 124, 22 HGB. und § 18 Abs. 2 HGB. in Betracht. In einem E. RJA. 3, 14 mitgeteilten Falle ist es allerdings für unzulässig erklärt, daß als Inhaber der erworbenen Firma die offene Handelsgesellschaft als solche als Firmeninhaberin eingetragen wurde. Ist somit die Fortführung der Einzelfirma als solche nicht bezweifelt, so ist doch der Ansicht, daß als deren Fortsetzer nicht in die Gesellschaft eingetragen werden konnte, gegenüber § 124 HGB. nicht beizupflichten. Daß bei jeder Firma die sie betreffenden Rechtsverhältnisse erkennbar seien, wird ja durch den älteren Handelsregistereintrag und den weiteren betreffend die als Rechtsnachfolgerin einzutragende offene Handelsgesellschaft erreicht. Die gegenteilige Auffassung wird der Bedeutung des § 22 HGB., ebenso wie die E. RJA. 4, 158 mitgeteilte des OLG. Rostock nicht gerecht. Diese Bestimmung regelt überhaupt prinzipiell nur die Zulässigkeit der Firmenfortführung beim Übergang eines Handelsgeschäfts auf einen Nachfolger und will weiter in die sonstigen Vorschriften über Firmenbildung nicht eingreifen. Also ist daraus Nichts für die Art der Eintragung der Person des Erwerbers, dem die Fortsetzung der Firma gestattet ist und ebensowenig etwas dafür zu entnehmen, ob und in welchem Umfange der beibehaltenen Firma seitens des Nachfolgers Zusätze beigefügt werden dürfen oder nicht. Dies alles regelt sich nach § 18 Abs. 2 HGB., der durch § 22 gar nicht berührt wird. Gegen die Zustimmung des auctor zu Zusätzen außer solchen, die das Nachfolgeverhältnis betreffen, kann dem successor kein Recht zu Änderungen der übernommenen Firma geben, insofern trifft das a. a. O. S. 159 Gesagte zu. Inwieweit jener aber das Recht der Firmenänderung durch Zusätze hat, sofern eben die übernommene bisherige Firma nicht zu einer andern wird, das bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen und speziell nach § 18 Abs. 2 cit. Danach ist grundsätzlich eine Zusatzbeifügung im Fall § 22 als ausgeschlossen nicht anzusehen. Erwirbt beispielsweise eine offene Handelsgesellschaft das Geschäft einer G. m. b. H. mit deren Firma, so ist bei deren Fortführung die Bezeichnung „G. m. b. H." fortzulassen. Denn diese „Bezeichnung" ist Individualisierungsmerkmal und als solches etwas anderes, als ein Zusatzbestandteil der Firma: Holdheim 15, 14. Darf aber in diesem Fall zu der jener Bezeichnung entkleideten Firma ein Zusatz, insbesondere in Gestalt der Firma der Nachfolgerin, also der offenen Handelsgesellschaft gegeben werden? Nach dem Gesagten ist dies zu bejahen. Was prinzipiell gegen die Bildung einer sg. kombinierten Firma geltend gemacht wird (Staub-Straus Anm. 11 zu § 22), ist aus den Grundsätzen des HGB. über Firmenrecht überhaupt nicht zu entnehmen, wie denn auch RGZ. E. 50, 120 jene nicht verwirft. Aus der Übernahme der Firma kraft Sukzessionsrecht folgt nicht die Unzulässigkeit, diese Firma umzugestalten, soweit vernünftige Interessen dies rechtfertigen zur Klarstellung der Person des Nachfolgers, soweit das im Rahmen des Abs. 2 § 18 geschieht, denn dieser gilt für alle Firmenbildung, sowohl die primaire als auch für die abgeleitete als Norm.

* * *

II. Die Eintragung und Wirkung der gegen einen von zwei Gesellschaftern ausgesprochenen Entziehung der Vertretungsbefugnis bei vertraglicher Gesamtvertretung der offenen Handelsgesellschaft: § 125 Abs. 2, 127 HGB.

Ist im Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft Gesamtvertretung gemäß § 125 Abs. 2 HGB. angeordnet, so ist dies und jede Änderung der Vertretungsmacht nach Abs. 4 a. a. O. zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Wie alle sonst eintragungspflichtige Vorgänge unterliegt auch dieser dem Kontroll- und Ordnungsstrafrecht des Registerrichters: § 14 HGB. § 132 ff. RJG. Was ist nun, wenn bei Vorhandensein nur zweier Gesellschafter, unter statuierter Gesamtvertretung, anzumelden, wenn auf Betreiben des einen dem andern Gesellschafter die Vertretungsmacht nach § 127 HGB. durch Richterakt entzogen ist? Das ist davon abhängig, wie man die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung beurteilt. Wenn man mit Staub-Pinner (8. Aufl. Komm. Anm. 5 § 127) annimmt, es sei damit auch die Vertretungsbefugnis des andern Gesellschafters erloschen, so wäre dementsprechend die Anmeldung — und dann von beiden Gesellschaftern — zu bewirken; nimmt man aber, wie Goldmann (Komm. HGB. Anm. zu § 127) an, die Vertretungsmacht des Ausgeschlossenen sei zufolge Verfahrens gemäß der fr. Gesetzesbestimmung erloschen, so genügt die Anmeldung gemäß § 16 HGB. seitens des betreibenden Gesellschafters, dessen Vertretungsbefugnis intakt

geblieben und nur insofern Änderung erfahren, als sie zur Einzelvertretung umgewandelt ist in Reflexwirkung des richterlichen Spruchs auf Entziehung gegen den andern. Und dies letztere allein entspricht den Vorschriften des HGB. Erkennen Staub-Pinner selbst an, daß ihre Lehre „wenig befriedigt", so können auch deren Argumente nicht überzeugen. Diese gipfeln in dem fehlsamen Ausgangspunkt, „daß dadurch, daß einem Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen ist, die Vertretungsmacht der übrigen keine Verstärkung erfährt" und führen im vorliegenden Fall zur Annahme der Existenz einer unvertretenen offenen Handelsgesellschaft. Hilfe dagegen das ist ihr Rat — sei nur durch Vertragsbestimmung der Auflösungsklage aus § 140 zu erreichen! Diese Begründung ignoriert bezw. verkennt den Inhalt der §§ 127, 142 HGB. Das Antragsrecht des Gesellschafters aus § 127 HGB. ist zwar nicht im Sinne der modernen Rechtsterminologie ein sg. Kannrecht wie i. F. § 702 BGB. Nicht in seine Hand ist es gelegt, wenn die Voraussetzungen danach angetan sind, sich der Mitwirkung des Gesellschafters bei der Gesellschaftsvertretung zu entledigen, das diesem vertraglich zusteht, wohl aber hat er das Recht, durch konstitutives Urteil die Änderung der Vertretung in Gestalt der zum Gegenstand der Klage gemachten Entziehung derselben bezüglich des Gegners herbeizuführen. Dies Urteil berührt nicht das ihm selbst eingeräumte Recht, insofern hierfür, in vorausgesetzter Ermangelung einer Wiederklage von Seiten des andern Gesellschafters, es an jedem Titel fehlt. Wie trotz der Ausschließungsklage des § 142 HGB., die in ihren Wirkungen viel weitergeht, die Fortexistenz des Geschäfts nicht tangiert, sondern gerade im Hinblick auf die alterierten Vertragsgrundlagen und trotzdem gewährleistet werden soll, Holdheim 15, 333/4, so würde die Auslegung des § 127, wie sie von dem hier bekämpften Standpunkt aus erfolgt, eine Rechtsverkümmerung des verletzten Gesellschafters bedeuten, die arg. a fortiori aus § 142 unmöglich dem Gesetze entsprechen kann. Denn auch in diesem Fall gewinnt der Ausschließungskläger Rechte, die er nach dem Gesellschaftsvertrag nicht hatte. Dem gemäß ist allem, was in Anm. 5 zu § 127 bei Staub-Pinner in Abs. 1 ausgeführt ist, zu widersprechen — und die Ansicht Goldmanns durchaus zutreffend. Folgerecht hat die Anmeldung aus dem Urteil gemäß § 127 nach § 16 HGB. allein seitens des obsiegenden Gesellschafters zu erfolgen dahin, daß der andere ausgeschlossen und er allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist.

Berlin. LGR. Dr. Marcus.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Die Untersagung eines Gewerbetriebs ist nicht blos physischen Personen, sondern auch juristischen Personen, insbesondere einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegenüber zulässig.

Entsch. des OVG., III. Senats, vom 25. 1. 06 (III. 156). (Beklagte und Berufungsklägerin: eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Kläger und Berufungsbeklagter: der Polizeipräsident zu Berlin.)

(Mitgeteilt aus dem Pr. VerwBlatt Jahrg. 1906 S. 107.)

Die Ges. m. b. H. Max K. betreibt ein Bank-, Wechsel- und Lotteriegeschäft. Sie bestand zunächst nur aus den Gesellschaftern Max B. und Dr. jur. Julius F. Inzwischen sollen noch drei andere Gesellschafter hinzugetreten sein.

Max K. hat sich vor der Errichtung der Gesellschaft mit dem Vertrieb von Lotterielosen befaßt. Er ist wiederholt wegen des Vertriebs solcher Lose bestraft worden, die von der zuständigen Landesbehörde zum Vertrieb nicht zugelassen waren. Auf Antrag des Polizeipräsidenten ist ihm deshalb durch Urteil des Bezirksausschusses vom 11. April 1905 der Handel mit Losen von Lotterien und Ausspielungen, sowie mit Bezugs- und Anteilscheinen auf solche Lose untersagt worden.

F. hat in seiner Eigenschaft als Vorsteher der Gesellschaft namens derselben sich ebenfalls mit dem Handel von Losen nicht zugelassener Lotterien befaßt. Er ist deshalb durch das Urteil der ersten Strafkammer des Landgerichts mit einer Geldstrafe von 500 M., im Unvermögensfall mit 20 Tagen Haft bestraft worden. Hierauf gestützt beantragte der Polizeipräsident, der Gesellschaft den Handel mit Losen von Lotterien und Ausspielungen, sowie mit Bezugs- und Anteilscheinen auf solche Lose zu untersagen.

Diesem Antrag gemäß hat der Vorderrichter erkannt und hierbei muß es auf die Berufung der Gesellschaft bewenden.

Wie schon in der Vorinstanz macht die Beklagte auch zur Rechtfertigung ihrer Berufung geltend, daß die Klage, weil die Untersagung des Handels mit Losen usw. wegen Unzuverlässigkeit nur gegen physische Personen rechtlich möglich sei, gegen die einzelnen Gesellschafter zu richten gewesen sei und daß jedenfalls gegen die Gesellschaft nur die Klage auf Auflösung nach Maßgabe des § 62 des G., betreffend die G. m. b. H., vom 20. 5. 98, stattfinde.

Dem Vorderrichter ist jedoch darin beizutreten, daß diese Ausführung nicht haltbar ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob bei der Gesellschaft mit beschr. Haftung das individualistische oder das kollektivistische Prinzip überwiegt. Auch wenn sich gegen die von Parisius und Crüger (s. deren Komm. 2. Aufl. S. 20 ff.) im letzteren Sinn vertretene Auffassung begründete Bedenken

geltend machen ließen, so ergibt sich doch aus § 13 des Gesetzes, daß die Gesellschaft als *solche* selbständig ihre Rechte und Pflichten hat und blos sie vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb es den Verwaltungsbehörden grundsätzlich versagt sein sollte, in den Grenzen ihrer Zuständigkeit ihre Maßnahmen durch Verfügung oder durch Erhebung der Klage im Verwaltungsstreitverfahren ebenfalls gegenüber der Gesellschaft zur Geltung zu bringen, und weshalb der Gesellschaft die Klage im Verwaltungsstreitverfahren behufs Anfechtung von Anordnungen von Verwaltungsbehörden oder behufs Abwälzung einer ihr angesonnenen öffentlich-rechtlichen Pflicht auf Dritte verwehrt sein sollte. Wofür die Gesellschaft freilich grundsätzlich außer Betracht bleiben muß, betrifft das Streitverfahren, das sich sowohl dann, wenn es sich um die Sühne für eine im Betrieb der Gesellschaft verübte strafbare Handlung, wie auch dann, wenn es sich um die Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung handelt, nur gegen die betreffende physische Person und also gegebenen Falles gegen die verantwortlichen Gesellschafter richten darf (s. Entsch. d. OVG. 42, 242).

Was die Beklagte eigentlich vertreten will, geht wohl auch nur dahin, daß die Behörden in solchen Angelegenheiten, bei denen die Entsch. von der vorgängigen Feststellung der Zuverlässigkeit oder Unzuverlässigkeit abhängig ist, sich an die physischen Personen und also an die Vertreter der Gesellschaft oder an die Gesellschafter zu halten haben. Es würde dies der auch sonst vertretenen Meinung entsprechen, daß die Erlaubnis für solche Gewerbebetriebe, die von der Zuverlässigkeit des Unternehmers abhängig ist, nur physischen Personen und nicht auch juristischen Personen, Gesellschaften usw. erteilt werden darf. Ob indes an dieser seinerzeit auch von dem II. Senat d. Gerichtsh. (s. Entsch. a. a. O. Bd. IX S. 286 ff.) geteilten Ansicht festzuhalten ist, zumal nachdem durch die Novelle vom 6. August 1896 die Erteilung der Erlaubnis für den Betrieb von Gastwirtschaft, Schankwirtschaft und den Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus an Vereine als zulässig anerkannt worden ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist außer jedem Zweifel, daß der Betrieb solcher Gewerbe, die an eine behördliche Genehmigung nicht gebunden sind, auch von juristischen Personen, Gesellschaften, Vereinen usw. aufgenommen werden darf. Wollte man gleichwohl nicht anerkennen, daß die Untersagung des Gewerbebetriebes, wenn sie gesetzlich wegen Unzuverlässigkeit des *Gewerbetreibenden* zugelassen worden ist, gegen die juristischen Personen, Gesellschaften, Vereine usw. auszusprechen ist, dann käme man zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß die Untersagung gegenüber juristischen Personen, weil bei ihnen physische Personen als Träger von Rechten und Pflichten nicht in Betracht kommen, unausführbar wäre und daß sie auch gegenüber Aktiengesellschaften mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Feststellung der jeweiligen Aktionäre kaum durchführbar wäre. Von der Zulässigkeit der Untersagung des Gewerbebetriebes gegen juristische Personen, Aktiengesellschaften usw. geht u. a. das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 29. Mai 1901 aus und auf dem gleichen Standpunkt steht auch das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die nach § 62 zulässige Klage auf Auflösung der Gesellschaft findet gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Gesellschafter statt, wiewohl die Auflösung nur auf Grund der Feststellung, daß die Gesellschaft das Gemeinwohl gefährdet und also insoweit der Zuverlässigkeit entbehrt, erfolgen darf.

Daß die Klage auf Auflösung der Gesellschaft der allein gangbare Weg ist, die Gesellschaft an der Fortsetzung eines nach dem Gesetze unzulässigen oder gar strafbaren Betriebes zu hindern, ist irrig. Es mag sein, daß auf einen Tatbestand, wie er hier vorliegt, sich auch die Klage auf Auflösung der Gesellschaft wegen Gefährdung des Gemeinwohls stützen ließe, notwendig war jedoch die Erhebung dieser Klage nicht. Mit der Einführung der Klage auf Auflösung der Gesellschaft ist offenbar nicht beabsichtigt, Gesellschaften dieser Art hinsichtlich der Zulässigkeit der Verhinderung eines gesetzwidrigen oder strafbaren Geschäftsbetriebes anders zu stellen, als Gesellschaften, deren Auflösung, wie es für die Aktiengesellschaften zutrifft, nicht erzwungen werden darf, oder als physische Personen.

Ob jedoch ein Mangel an Zuverlässigkeit bei der Gesellschaft anzunehmen ist, und ob sich deshalb die Untersagung eines Gewerbebetriebes gemäß § 35 RGO. rechtfertigt, dafür ist freilich das Verhalten der Gesellschafter in Betracht zu nehmen. Wenn auch die Feststellung der Unzuverlässigkeit nicht an dieselben Voraussetzungen gebunden ist, die das Gesetz in § 62 für die Auflösung der Gesellschaft aufstellt, nämlich dahin, daß die Gesellschafter gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen so wird sich immerhin eine solche Feststellung wie bei der als Unternehmer in Betracht kommenden physischen Person, so auch bei der Gesellschaft wegen Verfehlungen des Geschäftsführers nur dann rechtfertigen, wenn sie den Umständen nach, sei es auch nur wegen vernachlässigter Aufsicht, den Gesellschaftern anzurechnen sind.

Vorliegend unterliegt es keinem Zweifel, daß der als Geschäftsführer bestellte Gesellschafter F. mit Vorwissen des Gesellschafters Max K. den Vertrieb von Losen aus Lotterien, die von der zuständigen Behörde nicht zugelassen waren, fortgesetzt

ausgeführt hat. Danach rechtfertigt es sich der Gesellschaft wegen mangelnder Zuverlässigkeit den Handel mit Losen usw. zu untersagen. Insbesondere steht dem nicht entgegen, daß gleiche Verfehlungen für die Zeit nach der Bestrafung des F. nicht nachweisbar sind und daß inzwischen weitere Gesellschafter hinzugetreten sind.

Literatur.

Schaps, Dr. G. Landrichter, das deutsche Seerecht (Berlin 1906, Guttentag) XXIV. u. 932.

Mit diesem vor einigen Monaten abgeschlossenen Werke liegt seit langer Zeit zum ersten Male wieder ein großer Kommentar zum deutschen Seehandelsrecht vollständig vor. Allerdings hat der Verf. darauf verzichtet, das Seeversicherungsrecht zu kommentieren, und hat sich dadurch den Abschluß seiner Arbeit wesentlich erleichtert. Aber diese Materie für deren Bearbeitung andere Herren sich bereits gefunden haben — stellt doch ein besonderes abgeschlossenes Gebiet dar, welches wegen seines loseren Zusammenhangs mit dem sonstigen Inhalt des vierten Buchs des HGB. herausgelassen werden konnte. Da andernfalls sicherlich noch Jahre bis zum Abschluß der Arbeit vergangen wären, so kann der Entschluß der Verf. nur gebilligt werden, daß er die Lieferungen, die sich über eine Reihe von Jahren erstreckt haben, durch Ergänzungen, Berichtigungen, Nachträge und Register zu einer Einheit zusammenschloß und damit die rechte Benutzbarkeit seiner inhaltsreichen, bedeutsamen Arbeit ermöglichte. Sind auch in Folge des Erscheinens in Lieferungen einige Unebenheiten entstanden, so ist doch alles an anderer Stelle ausgeglichen, so daß der Kommentar den angestrebten Stand der Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft am 31. 12. 05 voll präsentiert. Die äußere Erscheinung des Kommentars ist eine sehr ansprechende. In gewollter Anlehnung an Staubs HGB. — als dessen Fortsetzung das Buch gedacht ist — sind die Erläuterungen disponiert und äußerlich gekennzeichnet. Mit dieser übersichtlichen Form harmoniert gute Disposition und klare, knappe Ausdrucksweise. Die Ergebnisse der Wissenschaft und vor allem die reiche deutsche Rechtsprechung sind nicht nur äußerst eingehend mitgeteilt, sondern regelmäßig ist dazu (oft mit eingehender Begründung) scharf Stellung genommen. Verf. hat sich nicht hierauf und auf die Wiedergabe der das HGB. ergänzenden reichs- und landesrechtlichen Vorschriften beschränkt, sondern ist den Rechtsbildungen des Verkehrs und den gesetzgeberischen Bestrebungen überall nachgegangen, um seinem Ziel, einen großen und praktischen Kommentar zu liefern, gerecht zu werden. Als derartige Ausführungen seien besonders genannt: S. 286—291 über den Schiffsmakler; S. 296—299 über den Schleppvertrag; S. 384—388 über die Quaianstalten (unter Abdruck von bzl. Verordnungen auf 388-415); S. 509-510 über das Verfolgungsrecht; S. 518—520 über das Durchkonossement; S. 665—667, S. 675—676 über die Bestrebungen, ein internationales Seerecht zu schaffen; S. 765 über das Zurückbehaltungsrecht an einem Schiff. Sehr dankenswert und lehrreich sind die reichen Zusammenstellungen über Berge- und Hilfslöhne (S. 713—715, 720—726) und vor allem S. 422—430 über Ausschluß und Beschränkungen der Haftung ex recepto.

Die Streitfragen des internationalen Rechts sind bei den einzelnen Fällen (s. z. B. S. 652) erörtert. Oft ist auch das ausländische Recht herangezogen, was wohl in noch etwas größerem Umfang hätte geschehen können. Ausländische Judikatur ist ausgiebig mitgeteilt, namentlich aus der Revue internationale du droit maritime. Die Harter Act (s. S. 305) wäre besser ganz abgedruckt worden. Daß dem Abdruck der York and Antwerp Rules (642 fg.) eine offizielle Übersetzung beigegeben ist, wird vielen sehr angenehm sein. Zur Seestraßenordnung (677 fg.) sind Entscheidungen der Gerichte und der Seeämter zahlreich mitgeteilt; immerhin wäre eine eingehendere Erörterung der Streitfragen angenehm gewesen. Auch zur Seemannsordnung (803 fg.) hätte ich einen reicheren Kommentar gewünscht. Ersichtlich hat das aber nicht im Plan des Verf. gelegen, welcher diese Gesetze als „Nachtrag" bringt. Das Flaggengesetz (787 fg.) hätte trotzdem eine Erläuterung verdient, zumal Verf. doch das alte Gesetz vom 25. 10. 1867 (4 fg.) als die natürliche Einleitung zum HGB. höchst sorgfältig erörtert hat.

Ein weiteres Eingehen auf Einzelheiten, insbesondere auf die Stellungnahme des Verf. zu den zahlreichen schwierigen und interessanten Streitfragen des Seerechts würde hier zu weit führen. Könnten doch auch nur vereinzelte Punkte herausgegriffen werden! Das Gesamturteil kann nur sehr günstig für den Verfasser ausfallen. Ich bezweifle nicht, daß dieser Kommentar von allen, die in das Seerecht tiefer eindringen wollen, als das beste Hilfsmittel erfolgreich gebraucht werden wird. Aber auch die schon mit dem Seerechte wirklich Vertrauten werden gern zu diesem Buche greifen, das einen so vortrefflichen Ueberblick über den Stand aller Fragen gibt und dessen Ausführungen nicht selten dazu angetan sind, den Standpunkt der Praxis kritisch nachzuprüfen.

Dr. Max Mittelstein.

* * *

Eingänge.

Bolze, Dr. Reichsgerichtsseniatpräsident a. D., Rechte der Angestellten und Arbeiter an den Erfindungen ihres Etablissements. Für Juristen, Gewerbetreibende, Patentanwälte Techniker, und Ingenieure. Leipzig 1907, Akademische Verlagsgesellschaft m. b. H.

Gerloff von, Dr. Wilhelm, die kantonale Besteuerung der Aktiengesellschaften in der Schweiz. Bern 1906, Verlag von A. Francke.

Kirschberg, Dr. jur. Manfred. Der Postscheck. Eine volkswirtschaftliche und juristische Studie, mit Berücksichtigung der österreichischen, deutschen und schweizerischen Verhältnisse. Leipzig 1906, Verlag von C. L. Hirschfeld. Preis Mk. 4.50.

Riesenfeld, Dr. jur. E. C. Kgl. Gerichtsassessor a. D. und Freymark Dr. phil. H. Mitteilungen der Handelskammer zu Breslau, Herausgegeben im Auftrage der Kammer von ihren Syndicis. Nr. 10/11 Oktober-November 1906, VIII. Jahrg. Selbstverlag der Handelskammer.

Rosendorff, Dr. Richard, Avocat a Berlin. Le Développement des Banques Allemands à l'Etranger, Extrait de la revue Economique Internationale. Brüssel 1906. Office de la revue. 4. rue du Parlament.

Rundnagel, Dr. jur. Regierungsrat in Posen. Abänderungsvorschläge zu dem siebenten Abschnitt des dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs, Sonderabdruck aus Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht LIX. Band, 1. Heft. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke.

Schmidt, Dr. Max Georg, Oberlehrer in Marburg a. L. Aus Natur- und Geisteswelt. Sammlung wissenschaftlich-gemeinverständlicher Darstellungen. Geschichte des Welthandels. Leipzig-Berlin, Verlag v. B. G. Teubner.

Das neue preußische Einkommensteuergesetz vom 19. Juni 1906 in der vom Steuerjahr 1907 ab in Kraft tretenden neuen Fassung. Berlin S., Dresdenerstraße 80, L. Schwarz u. Com., Verlagsbuchhandlung.

Kleine Mitteilungen.

Der Jahresbericht der Handelskammer zu Hamburg über das Jahr 1906 schreibt zur Frage der Revision des **Wechselprotestes.** Über den vorläufigen Entwurf eines Gesetzes betreffend die Erleichterung des Wechselprotestes haben wir eingehendes Gutachten erstattet, aus welchem die folgenden hauptsächlichsten Punkte hier mitgeteilt seien. Mit der Vereinfachung der Formalvorschriften konnten wir uns einverstanden erklären. Eine einschneidende Neuerung ist die Einführung des Postprotestes, d. h. die Befugung der Postbeamten zur Erhebung des Wechselprotestes mangels Zahlung. Nachdem die Postverwaltung die Haftung für die ordnungsmäßige Ausführung des Postprotestes zu übernehmen bereit ist, allerdings nur nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Haftung eines Schuldners für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, wonach die Postverwaltung nur für die auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückzuführenden Handlungen und Unterlassungen der Postbeamten bei der Wechselprotesterhebung haften würde (§§ 276, 278 BGB.), haben wir die zuerst gehegten Bedenken zurückstellen zu sollen geglaubt, wenngleich wir den von dem geschädigten Auftraggeber zu führenden Nachweis, daß in einem bestimmten Falle Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Postbeamten die Ursache des Schadens ist, unter Umständen sehr schwierig halten. Wir haben befürwortet, daß der zulässige Höchstbetrag der zum Postprotest zuzulassenden Wechsel auf Mk. 800 beschränkt werde und daß kompliziertere Formen, wie Wechsel mit Notadressen und Ehrenakzepten, bei denen wichtige Bestimmungen der Wechselordnung zu beachten sind, vom Postprotest gänzlich ausgeschlossen würden, und zwar müßten diese einschränkenden Bestimmungen in das Gesetz selbst aufgenommen, nicht aber den mit Zustimmung des Bundesrats zu treffenden Anordnungen des Reichskanzlers vorbehalten werden, wie der Entwurf vorschlägt. Bei Einführung des Postprotestes werden die einschlägigen Bestimmungen der Postordnung vom 20. März 1900 einer entsprechenden Aenderung zu unterziehen sein. Eine Bestimmung, wie sie jetzt im § 18 Ziffer 20 enthalten ist, wonach die Postanstalten keinerlei Verpflichtung zur Erfüllung der besonderen Vorschriften des Wechselrechts übernehmen, hätte alsdann keinen Raum. Es muß vielmehr beansprucht werden, daß die Postverwaltung alle betreffenden Bestimmungen der Wechselordnung strengstens beachte und dafür auch aufkomme. So würde z. B. zu bestimmen sein, daß der Postbeamte die Vorschriften im Art. 41 der WO. betr. die Gewährung einer Respektfrist bei der Protesterhebung zu befolgen habe. Auch müßte die Postverwaltung — nach Analogie der Bestimmung im Art. 45 WO. — gehalten sein, den Auftraggeber innerhalb zweier Werktage nach dem Tage der Protesterhebung von der Nichtbezahlung des Wechsels zu benachrichtigen. — Nach den „Erläuterungen" zum Entwurf soll die Postverwaltung für die Beförderung der den Wechsel und den Protestauftrag enthaltenden Sendung, sowie für die Rücksendung des Wechsels mit Protest, dem Auftraggeber nur nach den für die Transportgeschäfte der Post geltenden Vorschriften haften. Diese Haftung ist ungenügend; es muß verlangt werden, daß die Postverwaltung im Falle des Verlustes einer solchen Sendung die durch ein Aufgebotsverfahren entstehenden Kosten, sowie die während dieser Zeit auflaufenden Zinsen dem Geschädigten zu ersetzen habe. — Nach dem Wortlaut des neu vorgeschlagenen Art. 80a: „Die Wechselzahlung kann an den Protestbeamten erfolgen", müßte an eine fakultative Vorschrift gedacht werden, während in den „Erläuterungen" gesagt ist, daß die Befugnis der Protestbeamten zur Zahlungsannahme nicht ausgeschlossen werden kann. Wenn letzteres beabsichtigt ist, müßte es im Gesetze klar ausgesprochen werden. Die Vorschrift ist nicht unbedenklich; bei den Postbeamten ergibt sich die Befugnis zur Entgegennahme der Wechselzahlung aus dem Einziehungsauftrage, während Notaren und Gerichtsvollziehern der Auftrag lediglich für die Protesterhebung erteilt wird. Dem Auftraggeber müßte das Recht zustehen, zu bestimmen, ob er diese Protestbeamten mit der Annahme der Wechselzahlung betrauen will oder nicht. Auch müßte bestimmt werden, daß dem Auftraggeber aus der Annahme der Wechselzahlung seitens der Protestbeamten keine Extrakosten erwachsen dürfen. — Die einheitlichen Protestestunden würden zweckmäßigerweise nicht, wie im Entwurf vorgeschlagen, auf die Zeit von 8 Uhr morgens bis 7 Uhr abends, sondern, wie vom Deutschen Handelstage beantragt, von 9 Uhr vormittags bis 6 Uhr nachmittags festzusetzen sein.

Druckfehlerberichtigung.

In dem Aufsatz von Rechtsanwalt Dr. Alsberg-Berlin über „Die Haftung des Bankiers" in Nr. 12 des XV. Jahrgangs sind folgende Druckfehler zu berichtigen:

1) Auf S. 321 in Anm. 1 ist in Z. 3 statt „unerlaubten" zu lesen „unerlaubter".
2) Auf S. 321 rechte Spalte ist in Z. 14 statt „jene Verkaufs- oder Kommissionärtätigkeit" zu lesen „jeine Verkaufs- oder Kommissionärtätigkeit" und in Z. 16 statt „seine unentgeltlich" „jene unentgeltlich".
3) Auf S. 324 Spalte links Zeile 2 von unten ist in dem Zitat von Düringer-Hachenburg statt „Bd. 1" zu lesen „Bd. II, 1".
4) Auf S. 324 Spalte rechts in Anm. 16 ist bei dem Zitat von Staub statt „§ 747" zu lesen „§ 347".
5) Auf S. 325 Spalte links Z. 17 von unten ist statt „§ 343" zu lesen „§ 349".

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

☞ Dieser Nummer liegt ein Prospekt der Verlagsbuchhandlung **Julius Springer, Berlin N. 24** über „Buchwald, Die Technik des Bankbetriebes", bei, auf den wir hiermit besonders hinweisen.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Einkommensteuer- u. Ergänzungssteuergesetz v. 19. Juni 1906.

Gemeinsame Ausgabe in amtlicher Fassung mit den Ausführungsbestimmungen v. 25. Juli 1906 zu beiden Gesetzen.
In Leinwand gebunden, jede Abteilung deutlich durch farbigen Schnitt unterschieden. Preis 4 M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 2. **Berlin, Sonnabend 9. Februar 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6.—, portofrei Mk. 6.30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Zur Frage nach der Rechtsnatur der Emissionskonsortien. Von Dr. Eugen von Ziegler, Berlin. — Beschränkung des Weiterverkaufs von Waren. Von Dr. C. H. P. Fruhulfen, London. — Entscheidungen des Reichsgerichts: Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr, Haftung für leicht zerbrechliche Güter. — Gesellschaft m. b. H.: Formvorschrift für Konsortialbeteiligungen Wirksamkeit von Vereinsbeschlüssen. — Rechtsnatur von Syndikaten. — Gesellschaft m. b. H.: Haftung der Personen, die vor der Eintragung der Gesellschaft in deren Namen handeln. — Rügefrist und Verjährungsfrist des Wandlungsanspruchs. — Aus der Praxis des Registerrichters: Löschung einer Gesellschaft m. b. H. von Amtswegen. — Literatur: Besprechungen.

Zur Frage nach der Rechtsnatur der Emissionskonsortien.

Von Dr. **Eugen von Ziegler,** Berlin.

Die ungeheure Zunahme der Heranziehung fremden Kapitals für öffentliche und private Unternehmungen in Gestalt von Anteilen und Obligationen drängten dazu, das Risiko der Interessierung des Publikums für diese Papiere auf immer größere Kreise zu verteilen. So haben sich schon früh Gesellschaften (Konsortien) gebildet, welche namentlich bei den großen Summen, welcher Staaten bedurften, durch das Zusammenstehen ihrer einzelnen Finanzkräfte das Mißgeschick eines Selbsteintretenmüssens für zugesicherte Summen leichter ertragen konnten, andrerseits aber durch ihre eigenen Geschäftsverbindungen auch den gewinnreichen Absatz der Papiere eher sicher stellten. Die kleineren Summen, welche private Unternehmungen (Eisenbahnen ausgenommen) benötigten, und die engere Verbindung, welche dieselben in der Regel mit ihrem Bankhause hatten, brachten es mit sich, daß sich für diese Papiere die Konsortiumsbildung anfangs weit weniger zeigte. Aber auch hier überstiegen bald die Anforderungen die Einzelkräfte der Finanzinstitute, und je mehr unter diesen der Zug zur Großkonzentration durchdrang, desto mehr verzichtete man auf dem Gebiete des Emissionsgeschäftes auf Konkurrenz. Man hatte auch, seitdem man immer mehr das Privatkapital in Depositengeldern zum Bankbetriebe heranzog und damit das Publikum am Effektenhandel interessierte, dessen bekannten Hunger nach neuen Objekten zu befriedigen und ihm auch Gelegenheit zu wertsteigerungsfähigen Kapitalanlagen zu geben. Gerade aber wieder diese starke Verwendung fremder täglich fälliger Gelder drängte dazu, eine eventuelle Festlegung größerer Mittel in mißlungenen Emissionen möglichst zu vermeiden, und so kommt es, daß heute nur selten ein neues Papier anders als durch die Hände eines Konsortiums ins Publikum geht.

Daß bei der Höhe der im Spiele stehenden Vermögensinteressen auch die rechtlichen Beziehungen innerhalb des Konsortiums von Wichtigkeit sind, ist klar; trotzdem findet dies keinen Ausdruck in unserer Gesetzgebung. Es sind hier auch nur ganz kleine Kreise, die es angeht, unsere Finanzinstitute, und in ihnen, den Trägern langjähriger Traditionen, hat auch das Recht solch wirkliches und darum unkodifiziertes Dasein gefunden, daß es zu wesentlichen Reibungen nicht kam.

Erst als sich da ein Dritter eindrängte, der Fiskus, um hier Gelegenheit zu oftmaliger Steuererhebung zu suchen, als unser Reichsstempelgesetz auf den Verkehr mit Wertpapieren Steuern legte, traten die juristischen Fragen in den Differenzen mit dem Fiskus stärker zutage.

Veranlassung zu unserer gegenwärtigen Betrachtung gab es nun, daß sich entgegen dieser Vermehrung des juristischen Interesses die Gesetzgebung bei Schaffung des allgemeinen bürgerlichen Rechts noch mehr zurückzog, indem sie jenen Titel des Handelsgesetzbuches, in den man die Konsortien eingereiht hatte, ganz ausschaltete.

Freilich meinte man materiell nichts von Belang geändert zu haben, allein die neuere Judikatur des Reichsgerichtes zeitigte doch neue Rechtsanschauungen und Folgen, so daß wir uns nicht bloß fragen müssen, ob diese ohne Irrtum sind, sondern auch ob sie den Verhältnissen gerecht werden. Das Handelsrecht ist so selbstschöpferisch und dabei so empfindlich, daß neue juristische Lehrmeinungen nur mit größter Vorsicht aufzunehmen sind.

I. Die Grundlage der juristischen Stellungnahme zu der Frage nach der Rechtsnatur eines Begebungskonsortiums ist wohl der vielzitierte Aufsatz von Sydow in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 19 S. 431.

Sydow nimmt nur den Fall der Begebung von Aktien durch Bildung eines Konsortiums seitens eines Bankhauses an, welches die Aktien durch Vertrag mit der Gesellschaft bereits übernommen hat; indes dies ist, wie wir hier gleich feststellen wollen, nicht einmal die überwiegende Gestalt von Konsortialbildungen. Bei den großen Anleihen der Staaten war es schon früher üblich, daß nicht erst ein Bankhaus die Anleihe übernahm und sich durch Gewinnung von Konsortialbeteiligungen zu decken suchte, sondern die Konsortien bildeten sich schon zur Übernahme, verteilten das Risiko also von vornherein; sie standen denselben Schuldnern meist in derselben Zusammensetzung aufnahmebereit gegenüber. Und die immer stärkere Inanspruchnahme ließ diese Übernahme- und Begebungskonsortien immer mehr an die Stelle bloßer Begebungskonsortien treten.*) Die Folge ist, daß auch die straffe Organisation des Konsortiums, die sich in dem Übergewicht des konsortiumsleitenden Bankhauses – natürlich ist das zugleich der Erst-Übernehmer – ausdrückt, einer immer stärkeren tätigen Mitwirkung der einzelnen Konsortialen Platz machte. Sydow nimmt es als typisch an, daß das leitende Haus die Begebung allein besorgt, und betrachtet es als nebensächlich, wenn auch Konsortialen zur Entgegennahme von Zeichnungen herangezogen werden, wozu man ja auch Dritte nehmen könne. Und auch Lotz*) betrachtet die vorherrschende Leitung wohl noch als das üblichere; er sieht den Hauptunterschied, ob der Charakter der Sozietät gleich und gleich oder Patron und Klient ist, darin, daß die Leitung für ihre Konsortialen hinsichtlich deren übernommener Summe in Vorschuß tritt, also der wahre Geldgeber ist, oder nicht.

Heute ist jedoch eine Dezentralisierung die Regel. Nicht nur besorgen die meisten Konsortialen die Entgegennahme der Zeichnungen und auch die letzte Zuteilung**) – eine Folge des Depositenwesens und der Konzentration – sondern oft kommt es auch vor, daß die Konsortialen ihre Anteile direkt an den Geldnehmer entrichten. Und wo dies nicht der Fall ist, da werden die Zahlungen mittels bankmäßiger Verrechnung geleistet. Das leitende Haus pflegt den direkten Verkehr mit dem Geldnehmer und richtet sich für die Emission ein besonderes Konto ein, auf welchem es die täglich eingegangenen Zahlungen auf die abgesetzten Stücke gutschreibt. Der Geldnehmer bekommt meist sein Geld auch nicht sofort, sondern gewöhnlich erst nach Abschluß der Zeichnungs- und Zuteilungsoperation, außer es ist eine solche vom Konsortium aus verschiedenen Gründen vorerst nicht geplant. Die Geldnehmer aber, soweit es private sind – öffentlichen Körperschaften ist es m. E. nicht gestattet – richten sich wieder bei dem leitenden Bankhaus ein Konto ein, von dem sie nur nach Bedarf abheben.

So bewegt sich die Veräußerung der Papiere und der dadurch nötige Zahlungs- und Rechnungsdienst auf gewöhnlichem bankmäßigen Wege und ist, wenn auch mit dem Vorhandensein des Konsortiums regelmäßig und aufs engste verknüpft, für die rechtliche Natur desselben in der Tat ohne Belang.

Das Wesen des Konsortiums besteht nun darin, die Papiere um einen bestimmten Preis zu übernehmen, und wieder nach einem einheitlichen Plane und für gemeinschaftliche Rechnung veräußern zu lassen; dies schließt nach Auflösung des Konsortiums

*) Das ROHG. (22/381) will einen besonders feinen, in Wirklichkeit aber wohl seltenen Unterschied feststellen: Wenn eine Aktiengesellschaft von mehreren Personen gegründet würde, so sei dies eine Gründergesellschaft. Jeder Gesellschafter könne seinen Anteil abtreten oder auf seinen Anteil einen weiteren Gesellschafter heranziehen. Völlig verschieden sei es aber davon, wenn nicht jeder für sich, sondern für sie alle ein von ihnen beauftragter Leiter gesellschaftliche Vereinigungen mit Dritten bilde; denn in diesem Falle treffe der Gewinn des Anschlusses nicht einen einzelnen Gründeranteil, sondern alle anteilig. Ich vermag in dem ersten Fall nur eine Unterbeteiligung, in dem zweiten eine Einbeziehung weiterer Hauptgesellschafter, wenn nicht gleich einen richtigen Verkauf an ein zweites Konsortium zu erblicken. ROHG. sagt ja, wenn durch die gewonnenen Gesellschafter das ganze Aktienkapital absorbiert sei, so habe sich die Gründergesellschaft ihrer Aktien entledigt.

*) Technik des Emissionswesens.

**) Die Konsortialleitung läßt sich meist nur die Summen geschieden nach solchen für freie und Sperrstücke mitteilen und verteilt auch meist den die Konsortialzeichnungsstelle treffenden Gesamtbetrag nach diesen zwei Richtungen.

Es ist zu beachten, daß die Zuteilung an eine Konsortialzeichnungsstelle nicht von der Höhe ihres Konsortialanteils begrenzt wird, vielmehr immer die Summe aller Zeichner der Gesamtsumme der Effekten gegenübertritt, ein Konsortiale also auch nichtabgesetzte Stücke übernehmen muß, trotzdem bei ihm Zeichnungen über seinen Anteil hinaus eingegangen sind.

die Rechtspflicht des Konsortialen ein, von den nicht veräußerten Papieren einen seiner Beteiligungsziffer entsprechenden Betrag auf eigene Rechnung zu übernehmen, und das Recht, von einem erzielten Gewinn ebenfalls einen anteilmäßigen Betrag einzubehalten.*)

Die Gemeinschaftlichkeit von Gewinn und Verlust ist daher das Wesentliche.

Sydow sagt, daß das übernehmende Bankhaus die Beteiligungen auf einen höheren Kurs setzt, als der seiner Übernahme war; es verdient dann, wenn die Konsortialen zu einem weiteren höheren Kurs an das Publikum absetzen, zweimal. Da es aber nicht den ganzen Betrag und nicht wie an einen Käufer abgiebt, der natürlich einen höheren Preis zahlen müßte, sondern mit den neuen Konsortialen im Gesellschaftsverhältnis bleibt, ergibt sich bei einer Ungleichheit des Risikos unter Umständen ein Widerspruch gegen das Wesen des Konsortiums, wie das aus den nachstehenden Rechtsfällen hervorgeht.

Wir finden auch bei Unterbeteiligungen als Regel völlige Gewährung der eigenen Bedingungen, was man consortialiter unterbeteiligen nennt. Der Vorteil besteht eben außer dem der Geschäftsverknüpfung in der Deckung im Risiko.

Darin stimmt auch das ROHG. (15, 249) mit uns überein; im Konsortialvertrag war dort als Zeichnungspreis für einen Teilbetrag 106% bestimmt, während der Rest nicht unter 110% freihändig verkauft werden sollte, was aber nicht gelang; ein Konsortiale hatte nun eine Unterbeteiligung zu 107% abgegeben, dies wurde jedoch als ungewöhnlich und anfechtbar angesehen, da die Gewinnchance des Unterkonsortialen wesentlich geringer sei: an dem Gewinne aus dem zu 106% gezeichneten Teil hatte er naturgemäß gar keinen Anteil, an dem limitirten Verkaufspreise aber einen viel geringeren als die anderen, und die nicht abgesetzten Stücke belasteten ihn mit 107% Anschaffungswert höher als die andern.

Wesentlich ist der Unterschied von einem ähnlichen vom RG. (7, 102) für ordnungsmäßig befundenen Fall. Ein Konsortium von 3 Banken hatte Aktien von den Gründern übernommen, deckte sich aber nicht durch Aufnahme weiterer Konsortialen, welche, wie das RG. in Übereinstimmung mit obiger Anschauung sagt, den Übernahmekurs hätten erhalten müssen, sondern beauftragten zwei von ihnen, im eigenen Namen, aber für Rechnung aller 3, neue Gesellschaften mit dritten zu bilden, und zwar auf einen höheren Kurs. Unterbeteiligungen waren dies nicht, denn nicht von dem Anteil des einzelnen Erstkonsortialen wurde ein Teil weitergegeben, sondern das Konsortium selbst gab durch seine Beauftragten Beteiligungen weiter; es war so, als wäre das Erstkonsortium nur eine Einzelperson, die fest übernommen und nun zu einem höheren Kurse an ein Begebungskonsortium weiter gibt, und in dieser Differenz auf alle Fälle einen Gewinn realisiert. Ein fester Verkauf ist dies aber nicht, da das Erstkonsortium, im Falle das Zweitkonsortium nicht absetzen kann, wieder Stücke nehmen muß. Der Unterschied zu obigem Falle ist nur, daß dort für den Unterkonsortialen die Verlustrechnung auf der Basis des Erstübernahmekurses gemacht wurde, der Gewinn aber nur auf seinen höheren Kurs (107%), hier aber Gewinn und Verlust des Zweitkonsortiums auf den gleichen (seinen), Kurs gestellt sind. Der aus dem zweiten Konsortium den Konsortialen mit Namen „Erstkonsortium" treffende Verlust repartiert sich unter dessen Mitglieder wieder nach deren Ziffern und gewinnt durch Beziehung auf ihren Übernahmepreis einen anderen Wert. Sind also die wirtschaftlichen Folgen für die einzelnen letzten Endes auch verschieden, so ist Risiko und Gewinn in gleichem Verhältnis und somit ein richtiges Konsortialverhältnis vorhanden.*)

Bei einem solchen kann aber auch nicht annähernd von einem Kauf die Rede sein. Nicht entscheidend ist dabei der von Sydow betonte Umstand, daß die Leitung die Stücke und das Verfügungsrecht behält, also keine Eigentumsübergabe stattfindet, da diese Art der Begebung jetzt weniger üblich ist, und auch nicht typisch zum Wesen des Konsortiums gehörte.

Ihm ist aber beizustimmen, daß aus dem einheitlichen auf den Gewinn- und Verlustfall festgelegten Rechtsverhältnis nicht ein Kauf unter der suspensiven Bedingung des Nichtunterbringens herausgelöst werden darf: letzteres ist ja nicht Zweck des Vertrages, sondern unerwünschte Folge des mißlungenen Geschäfts (vgl. ROHG. 13, 306). Und so sagt auch das ROHG. (17, 196) ganz richtig „nicht überall, wo es im Endergebnis auf die Abnahme einer Sache gegen Zahlung eines im Voraus bedungenen Preises heraus kommen kann, liegt ein Kaufgeschäft vor."

Sydow reihte die Konsortien vielmehr in die „Vereinigungen von mehreren Personen zum nicht gewerbemäßigen Abschluß von Handelsgeschäften" im Sinne der Art. 266 ff. des alten HGB. ein, und dem schloß sich Wissenschaft und Judikatur rückhaltlos an.

Die juristische Konstruktion ist folgende:

Die Gesellschaft entsteht zwischen den Personen, welche wegen der Beteiligung mit einander kontrahierten, das ist in Sydows Annahmefall auf der

*) Lotz a. a. O. S. 17, 18.

*) Recht undeutlich kommt ein ähnlicher Fall in dem Urteile des ROHG. vom 10. März 1874 (13, 306) zur Erörterung.

einen Seite immer der Leitende; „soviel Konsortien als Konsortialen"; zwischen den Konsortialen aber, sagt man, fehle jedes rechtliche Band, die Beteiligungen erfolgten ohne die Einholung der Zustimmung der schon Beteiligten. Diese Meinung wurde auch vom RG. (1, 81)*) vollkommen übernommen, trifft aber jedenfalls für die jetzige Gestallt der Konsortien, wo die einzelnen Konsortialen und nicht bloß der Leitende oder sein Beauftragter die Veräußerung besorgten, nicht mehr zu. Die Absatzfähigkeit der anderen Konsortialen ist für den einzelnen hinsichtlich der Möglichkeit einer Restübernahme von wesentlicher Bedeutung. Jedenfalls kam man mit jener Konstruktion aus. Ein Gesellschaftsvermögen existierte nicht, die Beteiligten bekamen die Stücke solange sie abgesetzt werden konnten, gar nicht zu sehen; sie hatten an dem ganzen Betrage einen idealen, rechnerisch konstruierten Anteil, der zu ihrem persönlichen Vermögensbestand als Träger von Rechten und Pflichten gegenüber dem Gegenkontrahenten, dem Leitenden, gehörte. Was ging es ihn an, daß weitere ideale Anteile in Händen anderer waren. Ihm gegenüber vertrat der Leitende den Gesamtbetrag. Bei der Aktienplazierung sieht ihn darum Sydow auch nicht als Vertreter des Konsortiums oder der Konsortialen an, sondern das Geschäft ist sein eigenes. Nun, diese Anschauung ist wohl durch die Zerstörung des Übergewichts des Leitenden auch gefallen, ohne aber am rechtlicher Charakter dieser Gelegensheitsgesellschaft etwas zu ändern. Solange der Beteiligte nicht nach außen hin handelte, trafen ihn keine solidarischen Verpflichtungen. Als er später an der Geschäftsführung der Veräußerung der Effekten teilnahm, trat auch die Haftung nach Art. 169 HGB. in Kraft. Durch sein Miteingreifen bei Prospektveröffentlichung, Zeichnung, Zuteilung ꝛc. wurde die Sozietätsverbindung mit den anderen Konsortialen hergestellt, wenn sie nicht schon vorher ausdrücklich oder stillschweigend bestanden haben sollte. An seinem idealen Anteil zu persönlichem Rechte hinsichtlich des Gesamtbetrages der Effekten wurde aber nichts geändert. Die nach 1900 ergangenen RG. Urteile nehmen diese Sozietätsbeziehung *zwischen allen* Hauptkonsortialen ohne weiteres an, wie es auch dem Gesellschaftsrecht des BGB. entspricht. Aber schon in dem Urteile des ROHG. (17, 196) sickert diese Anschauung durch, um dann dem Urteile des RG. (26, 46), in dem es sich um den Erwerbswillen der Konsortialen hinsichtlich der übernommenen Effekten handelt, vollauf zu grunde gelegt zu werden.

Und nun kommt der Kernpunkt. Wie stehen Konsortium und Konsortialen zu den durch ihre Hände gehenden Vermögenswerten?

*) Ähnlich auch m. E. ROHG. 22, 381.

Es besteht nun völlige Einigkeit, daß der Abschluß des Konsortialvertrages nicht unter Erlegung eines Geldeinschusses stattfinden muß. Sydow (450) erwähnt, daß bei Beginn des Konsortialverhältnisses jeder eine Quote seiner Beteiligung zahlt, und auch ROHG. 13, 306 hält dies für das korrekte (wegen Geschäftsunkosten, zur Sicherheit ꝛc.). Aber beide erklären es rechtlich für belanglos, und sehen die *Einlage in der obligatorischen Verpflichtung zur evtl. Risikotragung*: „Die societas ist Consensual- und nicht Realkontrakt." Wie wir schon erwähnten, ist der Zahlungs- und Kreditierungsverkehr zwischen Leitung und Konsortialen ein einfaches Bankgeschäft, und von den Bedingungen der jeweiligen Bankverbindung diktiert (vgl. auch Lotz S. 6). Eine Quoteneinlage ist weniger üblich, als, im Falle der Geldnehmer schon vor Abschluß des Zahlungstermins für die dritten Abnehmer befriedigt worden, die Einforderung oder Vorschießung der ganzen Beteiligung und Wiederausschüttung oder Gutschrift der eingehenden Beträge von bestimmter Höhe an (vgl. RG. 56, 209).

Wie aber ist es mit den Stücken?

Es ist kein Zweifel, daß sie seitens des Konsortiums von den Ausstellern, dem Geldnehmer, erworben werden, bis sie wieder durch erneuten Erwerb an das abnehmende Publikum gelangen. Denn beide Male liegt eine entgeltliche Beschaffung von Eigentum vor, und da das Konsortium nicht im Namen oder für Rechnung des Geldnehmers, sondern zu eigenem Gewinnst handelt, kann von einer Vertretung und einem direkten Geschäft zwischen Geldnehmer und Publikum nicht die Rede sein.

Wer in dem Konsortialverbande ist aber nun rechtlich der Erwerber?

Sydow beantwortet es mit Rücksicht auf den von ihm einzig zugrunde gelegten Fall damit, daß die Stücke demjenigen verbleiben, welchem sie vor Eingehung des Konsortiums gehörten, dem veranlassenden leitenden Bankhaus. Die Konsortiumsbildung sei ja keine Eigentumsübertragung.

Zu einer andern Meinung aber muß man in den Fällen kommen, wo schon das Konsortium den Vertrag mit dem Geldnehmer schließt, wie das auch früher meist bei den großen Anleihen üblich war. Hier, sagt Lotz (S. 18), bekommt jeder Hauptbeteiligte seinen Anteil selbst oder *für alle die Syndikatsleitung* -- je nach Abmachung. „*Natürlich* -- fährt er fort — tritt keine weitere Steuerpflicht ein (d. h. *liegt kein neues Anschaffungsgeschäft* vor), wenn Stücke beim Mißlingen des Verkaufes an Hauptbeteiligte repartiert werden."

Diesem Erwerb *für alle* geht nun eine ausführliche RGE. (26, 6) auf den Grund. Sie

stellt einmal fest, daß der Konsortialvertrag, der also die Verhältnisse zwischen den Konsortialen begründet und regelt, mit einer Anschaffung noch nichts zu tun hat, sondern nur ein Vorvertrag mehrerer Personen über ein künftig mit dritten abzuschließendes Anschaffungsgeschäft ist. Mit dieser Anschaffung aber wollten alle gemeinschaftlich bezw. nach idealen Quoten erwerben.*) Dabei sei es gleichgültig, wenn einzelne Konsortialen mit dem Geldnehmer garnicht verhandelten. Der leitende Hauptkonsortiale wolle nicht etwas abtreten, was er bereits bedingt oder unbedingt schon erworben habe, sondern wolle erst mit seinen (auch unbenannten) Konsortialen gemeinschaftlich erwerben. Das Erworbene war insofern als gemeinschaftlich gedacht, als es zunächst dem Gesellschaftszweck, der gewinnbringenden Veräußerung unterstellt werden sollte, beim Nichtgelingen aber von jedem bis zu dem Anteil, auf den sein Erwerbswille in maximo gerichtet war, nun auch tatsächlich abgenommen werden mußte. Jeder hatte also von vornherein einen bestimmten Anteil erworben, aber der gemeinschaftlichen Operation unterstellt, dieser Anteil aber war (auch nach dem damaligen Rechte)**) sein Vermögen, wenn auch die Stücke noch nicht ausgeschieden waren. Mußte er also schließlich vom Rest abnehmen, so war es immer etwas ihm schon gehörendes, es war, wie RG. sagte, eine zum Zwecke der Erfüllung des Gesellschaftsvertrages vorgenommene Abwickelung.

Bei diesem klaren Verhältnisse können wir daher nur mehr 2 Fälle unterscheiden:

1) den vorerwähnten, daß das Konsortium vom Geldnehmer direkt erwirbt,

2) den früheren, daß ein Bankhaus vom Geldnehmer erworben hat, und nun zur Deckung ein Konsortium gründet, welches eventuell Stücke nach bestimmter Quote abnimmt.

Im zweiten Falle findet eine zweimalige Anschaffung statt, eine durch das Leitungshaus und eine, wenn auch nur bedingte — diese steht aber nach dem RStempG. der unbedingten gleich — jedes der anderen Konsortialen in Höhe seines Anteiles.

Wir sehen aber, daß der Unterschied wirklich nur in dem einmaligen Mehraufwand des Stempels liegt, der Kernpunkt aber beide Male der anteilige Erwerb des einzelnen ist, mag sein Gegner nun direkt der Geldnehmer oder das alleingestandene Erstübernahmehaus (oder auch ein eigenes Gründerkonsortium) gewesen sein.

*) So auch RG. 21, 67.

**) Auf die hier liegenden Streitfragen des römischen und gemeinen Rechtes wollen wir angesichts der klaren Stellungnahme des RG. nicht eingehen.

In der Praxis kam es nur darauf an, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Geldnehmer richtig festzulegen.

Bei den großen Anleihen pflegen sich die Konsortien schon zur Abgabe von Offerten zu bilden; die Bindung der Konsortialen unter sich dauert mindestens bis zur Entscheidung über den Zuschlag; wird dieser nicht erteilt, so geht es wieder auseinander, von einer bedingten Anschaffung kann, solange es an einem Vertragsgegner hierzu fehlt, nicht die Rede sein. Bei Aktienbegebung bildet eine solche Ausbietung zur Offertenabgabe nicht die Regel; teilweise setzt sich Vorstand oder Aufsichtsrat vor der Generalversammlung mit dem nahestehenden Bankhause in Verbindung und kann dann in dieser den angebotenen Übernahmekurs mitteilen. Aber auch dies sind nur Vorverhandlungen, keine auf den Fall der Versammlungsgenehmigung bedingten Übernahme- (Anschaffungs-)Verträge. Teilweise geht der Aktienausgabebeschluß der Generalversammlung der Fühlungnahme mit dem Bankhaus voraus.*) Auch hier wird es nicht zu sofortigem Vertragsabschlusse kommen. Und zwischen die Verhandlungen mit den Geldnehmer schieben sich die mit den Konsortialen ein und es ist streng zu unterscheiden, wann beide Verträge perfekt werden. Denn jeder nach dem Vertragsabschluß mit dem Geldnehmer eintretende Konsortiale oder Unterkonsortiale macht auf seinen Anteil mit den anderen bezw. seinen Hauptkonsortialen ein neues bedingtes Anschaffungsgeschäft, während dagegen sogar der vor jenem Vertrage angeschlossene Unterkonsortiale nicht besonders von seinem Hauptkonsortialen erwerben muß, sondern zugleich mit diesem gemeinschaftlich vom Geldnehmer erwirbt. (So RG. 26, 46 und auch 20, 198.)

Damit war auch eine Rechtsauffassung zur Herrschaft gelangt, welche für die hier gegebenen verschiedenen Möglichkeiten klare Zustände schuf.

II. Aber unter der Herrschaft des BGB. ergingen zu unserer Frage 2 Urteile des RG., welche der rechtlichen Beurteilung einen anderen Weg zu weisen scheinen.

Bei näherem Zusehen bemerken wir allerdings, daß sich beide Urteile nur auf 2 Einzelfälle festlegen und sich sorgfältig gegen Verallgemeinerungen zu decken suchen. Die beiden Fälle weisen aber ganz besonders charakteristische Arten von Konsortialverträgen auf, die zu einander in starkem Gegensatze stehen, und es wird unsere Aufgabe sein, die zwischen beiden Gegensätzen sich bewegenden Varianten richtig zu klassieren.

*) Auch bei Gründungen von Aktiengesellschaften ist hierin nichts anders zu bemerken.

Der Kernpunkt beider Urteile ist der, daß in das System des neuen bürgerlichen Rechtes die frühere handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nicht aufgenommen wurde, daß solche gesellschaftliche Bildungen vielmehr nun als Gesellschaften im Sinne des § 705 BGB. angesehen werden müssen. Dies unterliegt nun auch keinem Zweifel. Die einschneidende rechtliche Konsequenz ist aber die, daß das Gesellschaftsrecht des BGB. die Berechtigungsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen anders gestaltete; es gibt den Gesellschaftern am gemeinschaftlichen Vermögen kein Quoteneigentum mehr, sondern vereinigt sie zu einem Gesamthandverhältnis, nachdem das Vermögen für den Gesellschaftszweck rechtlich gebunden, der Verfügung des einzelnen Gesellschafters wie dem Zugriff seiner Gläubiger, solange die Gesellschaft besteht, entzogen ist.

Daraus folgt nach der Ansicht des RG., daß dem einzelnen Konsortialen an dem Gesellschaftsvermögen, zu dem die übernommenen Papiere wie auch die Einzahlungen gehören ꝛc., noch kein Eigentumsrecht durch die Übernahme der Werte seitens des Konsortiums zusteht, sondern daß er solches erst durch Anschaffungsakt — Konsortiale gegen Konsortium — erwerben kann.

Ob das RG. mit dieser Bildung von Gesellschaftsvermögen die tatsächlichen Verhältnisse richtig erkannt hat, wollen wir später untersuchen.

Es ist eine bekannte Erscheinung, daß die Verträge von Handelsleuten, auch die der größten Unternehmungen, nicht den Stempel ihrer juristischen Struktur an der Stirne tragen. Man hat bestimmte Gebräuche und Formeln, deren wirtschaftlicher Zweck und Inhalt beiden Kontrahenten völlig vertraut ist, und modelt und bildet daran mit wenigen Worten herum, nur von dem wirtschaftlichen Zweck geleitet und meist ohne Rücksicht auf die rechtliche Veränderung. Das Recht folgt hier immer den wirklichen Bildungen nach, und darum ist es nicht zutreffend, wenn das RG. sagt, es müsse den Kontrahenten zweckmäßig erscheinen, die Formen des BGB. zu erhalten — wo dieses doch die rechtliche Konstruktion völlig verändert, und der Kaufmann gewöhnt und gewillt ist, die ihm vertrauten Rechtswirkungen möglichst zu erhalten.

Nach all dem, und da, wie das RG. völlig richtig sagt, nicht die subjektiven rechtlichen Anschauungen eines Kontrahenten, sondern der objektive Inhalt der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen maßgebend ist, bietet die rechtliche Erkenntnis des Parteiwillens begreifliche Schwierigkeiten.

Diesen Parteiwillen und seine rechtlichen Folgen hat das RG. nun in den zwei typischen Fällen folgendermaßen festgestellt. Dem Urteil vom 11. 12. 1903 (56, 206) lag nachstehender präziser Sachverhalt zu Grunde. Ein bereits gebildetes Konsortium übernahm eine Anleihe zu einem festen Kurse. Nach den Syndikatsbedingungen waren die erforderlichen Einzahlungen der Konsortialen an die Syndikatsleitung zu entrichten, welche ihrerseits wieder Ausschüttungen an die Konsortialen im Verhältnisse von deren Beteiligung vorzunehmen hatte, so oft 300 000 Mk. aus Absätzen erreicht waren. Streitanlaß war, daß ein mit 8 % beteiligter Konsortiale nicht bloß diese 8 %, sondern 3/4 der ganzen Anleihe von der „im Namen des Konsortiums“ handelnden Leitung erwarb, und die Leitung meinte, daß nur der 8 % übersteigende Teil dem Anschaffungsstempel unterliege.

Das RG. wendete nun auf das Syndikat das Gesellschaftsrecht des BGB. an, da es eine dieses ausschließende oder beschränkende ausdrückliche oder stillschweigende Parteiabrede vom Vorderrichter nicht festgestellt fand. Danach seien die übernommenen Schuldverschreibungen Gesellschaftsvermögen, und weder im alleinigen, noch quotenmäßigen Eigentum der Konsortialen.

Volleigentum eines Konsortialen entstehe dann — was allerdings der regelmäßige Verlauf sei — wenn einer die ganze Anleihe vom Anleiheschuldner schon übernommen habe, und nachher mit einzelnen Kapitalisten Verträge über Weiterbegebung für gemeinsame Rechnung abschließe (dies auch der Fall Sydows); diese Verwertung bilde den Gegenstand der Verträge, das Eigentum an den Papieren verbleibe aber bei jenem ersten Erwerber (Leitung).

Hier aber sei der Konsortialvertrag nicht bloß auf gemeinsame Verwertung, sondern schon auf Übernahme gerichtet gewesen. Der Einwurf, das Recht der Konsortialen richte sich unmittelbar auf die Stücke, nicht auf den Erlös, beantwortete es mit der Frage, ob Miteigentum nach Quoten oder Gesellschaftsvermögen hinsichtlich der Stücke vorliege; ohne weiteres aber entschied es, daß man es hier mit einer Gesellschaft des BGB. zu tun habe, und die Obligationen zu deren Gesellschaftsvermögen gehörten. Der gleiche zirkelhafte Gedankengang beantwortete auch die Einwendung, das Wesen solcher Konsortien bestehe nicht darin, gemeinschaftliches Vermögen zu bilden, sondern gemeinschaftlich bei der Verwertung zu operieren. Das RG. stellte da fest, daß für solche Begebungskonsortien keine rechtlichen Besonderheiten gelten, und geriet dann in die obige Argumentation. Nicht aber befaßte es sich mit der Frage, ob denn alle Vermögenswerte, um die sich die Tätigkeit des Konsortiums dreht, insbesondere die Stücke Gesellschaftsvermögen sein müssen.

Diese Frage wird aber den Kernpunkt unserer Entscheidung bilden.

Die weitere Folge war natürlich, daß das RG. die einzelnen Konsortialen dem Gesellschaftsvermögen wie dritte gegenüber treten ließ, die die Obligationen wie als ihnen schon zum Teil gehörende Sachen erwarben.

Dem zweiten Urteil des RG. vom 3. 6. 04. (Gruchot 48, 1039) lagen Konsortialverhältnisse zu Grunde, welche wesentlich anders gestaltet erscheinen.

Auch hier hatte sich das Konsortium schon vor Übernahme der Anleihe gebildet; aber schon gemäß dem Übernahmevertrag, also dem Vertrage zwischen Konsortium und Anleiheschuldner, nicht bloß nach dem Gesellschaftsvertrage unter den Konsortialen sollten diese die Schuldverschreibungen nach einem bestimmten Verhältnisse unter Ausschluß ihrer gegenseitigen Solidarität übernehmen. Soweit der Anleiheschuldner nicht sofort über den Gegenwert der angegebenen Obligationen verfügte, sollte dies Geld nicht etwa in der Kasse eines geschäftsleitenden Konsortialen bezw. in einer Konsortialkasse mittels Gutschrift liegen, sondern ihm bei den einzelnen Konsortialen nach dem Verhältnisse von deren Übernahmebeteiligung gutgeschrieben werden. Also weitestgehende Dezentralisierung!

Daß nach Abschluß dieses Übernahmevertrages noch ein detaillierender und bestätigender schriftlicher Vertrag unter den Konsortialen geschlossen wurde, ist mit dem RG. für belanglos anzusehen, da der eigentliche Verpflichtungsakt unter den Konsortialen, wenn auch nur formlos, vor und in dem Übernahmevertrag stattgefunden hat.

Trotzdem hier die Stellung der einzelnen Konsortialen solche Selbständigkeit zeigt, bestand doch eine Konsortialleitung, aus 2 Banken gebildet, welche die Anleihe zur Börse anmelden und zur Subskription bringen sollten. Ferner war vereinbart, daß etwa nicht abgesetzte Stücke an die Konsortialen nach ihrem Beteiligungsverhältnis verteilt werden sollten.

Für die ganze übernommene Anleihe war der Anschaffungsstempel entrichtet. Streitpunkt wurde, daß eines der konsortialleitenden Bankhäuser bei der Zeichnung einen größeren Betrag der Anleihe, der aber innerhalb der dasselbe nach seiner Beteiligung treffenden Höhe lag, für eigene Rechnung übernahm, und einen nochmaligen Anschaffungsstempel hierfür für ungerechtfertigt erachtete.

Das RG. hält seine in dem Urteile vom 11. 12. 03. niedergelegte Rechtsprechung zwar aufrecht, aber es wirft die Frage auf, ob der Vertragswille auch hier darauf gerichtet gewesen sei, hinsichtlich der Schuldverschreibungen eine Vermögensgemeinschaft unter den Konsortialen zu bilden, oder aber völlig auszuschließen, sodaß jeder derselben an einem nach der Beteiligung prozentualen Teil der Obligationen (Stücke) von vornherein volles Alleineigentum erwerben sollte, also die schließliche reale Übernahme von Stücken innerhalb dieses Betrages nur die reale Abwickelung der vorherigen Anschaffung war, eine Gemeinschaft demnach nur in der Unterbringungsoperation bestand.

Letztere Auffassung scheine sich aus den obigen Vertragsbestimmungen zu ergeben und müsse vom Vorderrichter festgestellt werden.

Wenn das RG. ferner seine Übereinstimmung mit dem unter der Herrschaft des alten Rechtes erlassenen Urteile (26, 46) konstatierte, so bezog sich dies doch offenbar nur auf das Verhältnis von Anschaffungsgeschäft zu dessen dinglicher Erfüllung in der wirklichen Zuteilung der Stücke.

Nach beiden Urteilen scheidet also das RG. scharf zwischen Gesellschaftsvermögen und Gemeinschaftseigentum zu gesamter Hand nach §§ 705 ff. BGB. einer- und Einzeleigentum und vollem Alleinrecht andererseits.

Nicht läßt es ein nicht zur gesamten Hand gestaltetes Gemeinschaftsrecht an den Obligationen zu, wie es wohl nach dem früheren BR. bei der Gelegenheitsgesellschaft vorlag.

III. Es ist nun zunächst festzustellen, daß an eine Änderung des materiellen Rechts der Gelegenheitsgesellschaft bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuches nicht gedacht wurde. Man hielt die früheren Bestimmungen für entbehrlich, da das Gesellschaftsrecht des BGB. ausreiche und im allgemeinen zu denselben Ergebnissen führe, insbesondere fand man die Gesamtgläubigerschaft der Gesellschafter nach Art. 269 alt. HGB. mit gleichbleibender Wirkung in den § 718 BGB. übergeführt, welch letzterer gerade das Gesellschaftsvermögen und seine rechtliche Bedeutung behandelt.*)

Dieser Begriff des Gesellschaftsvermögens ist es aber, der für unsere Emissionskonsortien nicht paßt.

Die Frage, ob es Gesellschaften ohne Gesellschaftsvermögen gibt, ist bestritten, aber mit Rücksicht auf sog. Leseklubs und ähnlicher, rein geistigen Zwecken dienende Vereinigungen schon bejaht worden.

Bei der Gelegenheitsgesellschaft unterscheidet Lehmann (Handelsrecht 1, 682) auch solche mit und ohne rechtlichem Sondervermögen; aber er drängt letztere vollkommen in die Rolle der „stillen Gesellschaft" zurück, nach deren Art der Gesellschaftsvertrag die dispositiven Normen des BGB. abändere; dabei ist zu bemerken, daß er Fälle, wo nach dem Vertrage die Gesellschaft nach außen hin gar nicht hervortritt, sondern nur ein Gesellschafter im eigenen Namen, aber immerhin im gesellschaftlichen Auftrage handelt, in die Vermögensgesellschaften einreiht. Endemann (Handelsrecht

*) Hahn, Materialien z. HGB. S. 255 u. 346.

1884, 1, 772) machte den gleichen Unterschied zwischen offener und stiller Gelegenheitsgesellschaft mit dem Kriterium, in wessen Namen gehandelt werde. Er rechnet die Konsortien, ebenfalls den Fall Sydows ins Auge fassend, zu den stillen Gesellschaften.

Uns will dagegen dünken, daß dieser Unterschied mit dem der Bildung eines Gesellschaftsvermögens nicht zusammenfällt. Das RG. selbst hat in jenem ersten Urteile die Frage in unserem Sinne entschieden. Es nahm Alleineigentum der Gesellschafter an den Obligationen und doch das gemeinschaftliche Auftreten des Syndikats nach außen (beim Abschluß der Übernahme, bei der Veräußerungsoperation) an, also eine Gesellschaft mit der Verpflichtung der Förderung des gemeinsamen Zweckes (§ 705 BGB.) aber ohne Gesellschaftsvermögen.

Und wird in der Tat an dem Charakter des Konsortiums, an den Operationen, an dem wirtschaftlichen Endergebnis das geringste geändert, wenn die Gesellschafter von vornherein die Stücke abteilten, oder der Leitende, der sich nach alleiniger Übernahme der Papiere seine Konsortialen erst sucht, das Alleineigentum behält (so auch RG. 56, 206), oder aber die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit die Stücke hält? Nein. Und darum kann das Eigentumsverhältnis an den Stücken nicht maßgebend sein für die Rechtsnatur des Konsortiums; und da alle gesellschaftlichen Beziehungen desselben auch unter dem neuen Rechte als gleich bleibend von den Parteien gewollt sind (— das dürfen wir sicher annehmen —), so muß die juristische Auslegung auch den Weg finden, die Berechtigungsfrage an den Papieren im überlieferten Sinne zu lösen.

Auch das Gesellschaftsrecht des BGB. ist nur dispositiver Natur und zwar auch hinsichtlich der „durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände." Dies anerkennt auch Staub (Kommentar zum HGB. 1 1124); aber, wenn er sagt, daß die Abänderung des Gesamthandverhältnisses nach Seite des Allein- oder Miteigentums nach Quoten nicht die Regel bilde, so müssen wir gerade letzteres als das gewöhnlich gewollte ansehen, denn es entspricht dem früheren Rechtszustande.

Sydow lehnt dieses condominium pro indiviso für seinen Fall, wo der leitende Alleineigentümer bleibt, mit Recht ab; er findet die auf Miteigentumsbegründung gerichtete besondere Willenserklärung nicht vorhanden. Es ist aber unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes — von den deutschrechtlichen Sonderarten auch des früheren Handelsrechtes abgesehen — die Form von Gesamtheitsrechten. Wohl bestanden weitgehende Meinungsverschiedenheiten in der Doktrin, ob durch diese „Rechnungsteile, nicht in der sinnlichen Wirklichkeit existierende, intellektuelle Teile, ungeteilte Teile, pars indivisa, pars pro indiviso" wie man es nannte, nur das Recht geteilt sei oder die Sache selbst, wodurch der Gegenstand bezeichnet werde, der die Berechtigung auf die Sache selbst bei der Auseinandersetzung bestimmt.*) Auf diesen Streit einzugehen, erübrigt uns. Das gemeine Recht kannte für die Gesellschaft bezgl. der gemeinschaftlichen Gegenstände — es ließ aber je nach den Umständen für die Sachbeiträge der Gesellschafter auch Alleineigentum und bloße Überlassung zur Benutzung, zur Veräußerung ꝛc. zu, vgl. Windscheid a. a. O. 2, 776 — nur die Gemeinschaft nach Bruchteilen, welche ins BGB. mit den §§ 741 ff., 1008 ff. aufgenommen wurde. Noch der Entwurf des BGB. hatte dieselbe gleich dem gemeinen Rechte auch für die Gesellschaft normiert; in den Beratungen aber traten die Gegensätze des deutschen und des römischen Gesamtrechtsbegriffes hervor; eine vollkommene Klarheit über diese Gegensätze wurde nicht erzielt, man wollte auch die „wissenschaftliche Frage" nicht entscheiden (vergl. Mugdan, Materialien 2, 349, 989 ff.), nahm aber für die Gesellschaft in der Sache das Gesamthandsverhältnis an dem Gesellschaftsvermögen an. Daraus geht wohl hervor, daß auch im BGB., wo ein Recht oder eine Sache mehreren gemeinschaftlich zusteht, als Regel das römische Teilrecht gilt, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (§ 741), vgl. Cosack BGB. 2 391, 393. Für das Gesellschaftsvermögen hat nun das BGB. die Ausnahme geschaffen, und es besteht kein Zweifel, daß zum Eintritt dieser Rechtswirkung keine ausdrückliche Vereinbarung nötig ist, sondern das Gesellschaftsvermögen eben im Zweifel im Gesamthandsrecht steht. Aber es ist zugegeben, daß nach wie vor auch in einer nach BGB. gegründeten Gesellschaft unter Ausschluß des Gesamthandverhältnisses sich im ganzen wie bzl. bestimmter Gegenstände römisch-rechtliche Gemeinschaftsverhältnisse bilden können (vgl. Staudinger Komm. 2. Aufl. 2 598, VII. Windscheid a. a. O. 2 792). Dies aber kommt daher, daß auch bei Gesellschaften des BGB. Gesellschaftsvermögen doch nicht alles werden kann, was zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes irgendwie erworben wird, sondern was dabei für die Gesellschaft selbst als ihr gesellschaftliches Vermögen gedacht wird.

Bei unseren Emissionskonsortien will nach der stillschweigend gedachten Absicht gemäß dem Herkommen kein Gesellschaftsvermögen erworben werden. Ihr Zweck ist Gewinn aus Handlungen, nicht Vermögensbesitz. Und dieser Zweck sieht von Eigentumsfragen, die für ihn ganz

*) Vgl. Windscheid, Pandekten 1906, 1, 706 ff.

irrelevant sind, vollkommen ab. Er braucht und will kein Gesellschaftsvermögen. Er wird erfüllt, ob nun die Papiere während der ganzen Operationen nur einem Konsortialen (Fall Sydow) oder den einzelnen Konsortialen (Fall RG. vom 3. 6. 04) oder ihnen allen gemeinschaftlich (RG. 26, 46) gehören; ob das eine oder das andere der Fall, ist eine Zufälligkeit.

Wir sind also der Meinung, daß bei der Übernahme der Papiere durch ein Konsortium dessen Mitglieder bezl. der Stücke in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen und in Miteigentumsverhältnis stehen, wie nach früherem Rechte. Dieses Miteigentum hat zwar jene ausführliche RGE. 26, 46 nicht ausdrücklich benannt. Man könnte danach auch meinen, daß jeder Konsortiale Alleineigentum auf eine bestimmte Quote, deren Inhalt dann in der effektiven Zuteilung spezialisiert würde, erworben hätte; und auch der Satz der späteren Entsch. vom 3. 6. 04, daß nach früherem Rechte durch den Anleihevertrag jeder für sich das Recht auf Übereignung eines bestimmten Teiles der übernommenen Papiere erwarb, scheint diese Vermutung zu stützen. Aber es hieß dort doch immer von dem gemeinschaftlichen Erwerbe, dem Erwerbe für alle und bis zur wirklichen entgeltlichen Abnahme durch die einzelnen, konnte das Eigentum eben nur als Miteigentum gedacht werden. Der „bestimmte Teil", den jeder einzelne erwarb, ist der Auseinandersetzungsteil an der in Natur teilbaren Gesamtsumme. Der Anspruch auf die Übertragung dieses bestimmten Teiles zu Alleineigentum ist mit dem Erwerb des Miteigentums gegeben. Das Recht, Auseinandersetzung des Miteigentums zu verlangen, gehört zu dessen wesentlichem Inhalt. Das Eigentum, das der einzelne aber dann erwirbt, ist genau dasselbe, das er schon als Miteigentümer hatte, kein neues und kein anderes. Wir stellen uns auf den Standpunkt, daß beim Miteigentum nicht die Sache geteilt ist oder gedacht wird, so daß an jedem kleinsten Teile immer noch Eigentum in Höhe der fremden Quoten dazu erworben werden müßte, eine Ansicht, die allerdings auch das RG. in der Entsch. vom 3. 6. 04 aufstellt, während es diese Vorstellung in der Entsch. (26, 46) offenbar nicht hatte. Geteilt ist vielmehr das Recht, nicht in seiner Qualität, sondern in seiner Quantität. Das Miteigentum ist Volleigentum wie das Alleineigentum*), nur in der Vertretung, Ausübung an die quotenweise Mitwirkung der andern gebunden; geteilt ist dabei auch der wirtschaftliche Wert, sowohl hinsichtlich der Früchte als des Kapitalwertes, wenn die Genossen das Miteigentum versilbern; die Teilung in Natur ist nur eine Art dieser Versilberung, der gemachte Teil stellt den Gegenwert des obligatorischen Gemeinschaftsanspruchs dar; mit dessen Realisierung lösen sich alle Mitrechte und Beschränkungen der anderen Genossen auf: jeder behält Volleigentum, aber nun für sich allein, unbeschränkt, zwar nicht des ganzen, aber immerhin eines Teiles. Aber er behält eben Volleigentum, das er vorher schon hatte. Und da das RG. auch jetzt noch unter dem stempelpflichtigen Anschaffungsgeschäft „jedes auf den Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen gerichtetes entgeltliches Rechtsgeschäft" versteht, so kann, wo immer ein Gesellschafter aus seinem Miteigentum Alleineigentum macht, kein neuer Stempel anfallen. Das Alleineigentum, das er entsprechend seiner Gemeinschaftsquote durch eine Auseinandersetzung erhält, ist dasjenige, auf welches das Rechtsgeschäft mit der obligatorischen Gemeinschaftsbeteiligung gerichtet war – bedingt freilich davon, daß die Konsortialen unter sich dinglich auseinandersetzen und nicht versilbern. Will er mehr bekommen, so entspricht das nicht mehr dem obligatorischen Inhalt der Gemeinschaft; es tritt ein neues Rechtsgeschäft auf, gerichtet

*) Vgl. über den Streit der Lehrmeinungen „Joerges „Die Lehre vom Miteigentum" in der Z. für das ges Handelsrecht Bd. 49 und 51. Joerges geht soweit, auch das Eigentum zur gesamten Hand unter den technischen Begriff des Miteigentums nach BGB. einzureihen; er findet nur nach praktischen Bedürfnissen Unterschiede in der Veräußerlichkeit der Anteile gegeben. Seine Beweisführung ist verlockend, besonders wenn man die Miterbengemeinschaft und § 2047 heranzieht. Ihm steht aber die Absicht der Gesetzgeber, das Eigentum zur gesamten Hand grundsätzlich von dem freien Miteigentum zu unterscheiden, zu kräftig gegenüber; ihnen schwebte tatsächlich die unschöne „Zwischenbildung von physischer und juristischer Person" beim Gesamteigentum vor. Wir sind aber (teilweise mit Joerges) der Meinung, daß tatsächlich bei der Auseinandersetzung der Miterben sich das Gesamteigentum an den nach § 2047 II BGB. „gemeinschaftlich bleibenden" Schriftstücken von selbst in freies Miteigentum verwandelt, ohne Übertragungsakt; das gilt aber auch von anderen Gegenständen, welche die Erben, trotzdem die Erbschaft als ganzes auseinandergesetzt wird, gemeinschaftlich weiter behalten z. B. Hypotheken. Die Quotenanteile an den einzelnen Gegenständen erhalten sich als Bruchteileigentum trotz Beseitigung des Quotenrechtes an der Erbschaft. Aufwendungen zur nutzbringenden Verwertung, was bei Schriftstücken wie anderen Gegenständen der Fall sein kann, machen die Gemeinschaft noch nicht zur Gesellschaft, verwandeln zum mindesten das Miteigentum nicht wieder in ein Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand zurück; dafür hätte das Verkehrsleben keinen Sinn. Und darum sind wir auch der Meinung, daß ein Gemeinschaftsmiteigentum, wenn außer dessen Verwaltung ein gesellschaftlicher Zweck hinzutritt, nicht eo ipso, sondern nur durch bewußten Rechtsakt der Miteigentümer zum Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand wird. Dieses Verbleiben von Miteigentum in der Gesellschaft finden wir bei unseren Übernahmekonsortien maßgebend.

auf den Erwerb von mehr Alleineigentum als dem Inhalt der bestehenden Gemeinschaft mit ihrem Auseinandersetzungsziele entspricht, und darum ist dann ein neues Anschaffungsgeschäft gegeben. Man kann nicht sagen, weil das Miteigentum des einzelnen Volleigentum an der ungeteilten Sache ist, kann auch für eine größere Übernahme, als seiner Quote entspricht, kein Stempel anfallen; er sei ja auch hinsichtlich dessen Volleigentümer. Im Momente der Auseinandersetzung gibt jeder das Eigentum an dem seine Quote übersteigenden Teil auf. Die quantitative Beschränkung des Rechtes tritt hier zum letztenmale auf. Die Beschränkung durch die Beteiligung entfällt; das Eigentum konsolidiert sich aber auch nur auf den Teil zum Alleineigentum, auf den der obligatorische Inhalt des Miteigentums von vornherein gerichtet war. Bei Eingehung dieser Gemeinschaft mit dem Auseinandersetzungsziele war die Anschaffung auf Alleineigentum nur in der Quotenhöhe gerichtet gewesen. Es ist daher ein Mehrerwerb neu zu versteuern.

IV. Nun ist hier gleich eines Brauches zu gedenken, den wir häufig wahrnehmen, daß nämlich die Konsortialen, welche Zeichnungsstellen sind, ganz erhebliche Zeichnungen für eigene Rechnung machen, dieselben aber unausgeschieden mit den bei ihnen eingegangenen fremden Zeichnungen dem Leitungshaus mitteilen. Abgesehen von dem Reklamezweck, der neben herläuft, soll damit eine möglichst hohe Zuteilung und damit größere Zufriedenstellung der Kunden erreicht werden*); denn die Leitung teilt nicht nach den Beteiligungsquoten, sondern nach dem Betrage der Zeichnungen an die Stellen zu.

Uns betrifft nun dabei nur der Fall, daß der Konsortiale sich selbst zuteilt und für seine eigene Rechnung Stücke behält, was aus mancherlei Gründen auch trotz Überzeichnung seitens der Kunden vorkommt. Wo der Konsortiale schon volles Alleineigentum hatte, gilt hier natürlich hinsichtlich des Eigentums gar nichts besonderes; soweit es sich dabei überhaupt um den auf Konsortialbeteiligung stehenden Betrag handelt, verfügt jeder über sein Eigentum; aber an dieser Verfügung sind alle andern Konsortialen interessiert; sie vereinbarten ja, die Stücke zu dem höheren Kurse abzusetzen; denn daraus fließt ihr Gewinn, der auch ihre Unkosten decken muß; darum muß auch der für eigene Rechnung behaltende Konsortiale den Emissionspreis an das Konsortium zahlen.

Aber hier darf kein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft angenommen werden. Denn „Anschaffungsgeschäft" ist ein auf den Erwerb von Eigentum gerichtetes entgeltliches Rechtsgeschäft. Wohl liegt hier Entgeltlichkeit und auch ein Rechtsgeschäft vor*); daß Eigentum wirklich erworben wird, erfordert jene Definition nicht; aber in unserem Falle, wo das für sich zeichnende Bankhaus schon das Alleineigentum besitzt, kann sein Wille nicht mehr auf den Erwerb eines solchen gerichtet sein. Trotzdem also die Buchung das Geschäft wie einen Emissionsverkauf verlautbart, liegt kein solcher vor.**)

Auch die RGEntsch. vom 3. 6. 04 stellt sich auf unseren Standpunkt; dort hatte ja Kläger einen innerhalb seiner Beteiligungsquote liegenden Betrag gezeichnet und zugeteilt erhalten. „Der Stempelanspruch, heißt es dort, ist ausgeschlossen, wenn Klägerin den obligatorischen Anspruch auf entgeltliche Übereignung der Schuldverschreibungen schon durch einen früheren entgeltlichen Vertrag erworben hatte." In diesem Falle sieht RG. in der Zuteilung auf eigene Zeichnung (umsomehr natürlich bei einer Restverteilung) nur die Erfüllung des Geschäfts „in der Absicht, in der es geschlossen worden." Die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz geschah dann zur Feststellung, ob nicht die Absicht des Konsortialvertrages auf Erwerb von Alleineigentum seitens jedes Konsortialen gerichtet war. Und diese Feststellung konnte nach den Ausführungen der Gründe dann nur bewirken, daß ein Stempel, soweit die Zuteilung sich innerhalb der Beteiligungsquote bewegte, wegfalle.

Wie aber, wenn einzelne Konsortialen in dem Konsortialvertrag bedingt ihre Beteiligungsquote in maximo angeschafft haben, also das Eigentum an den Papieren zunächst bei einem anderen Konsortialen, der Leitung, verblieb? Hier mag vielleicht nicht so eng interpretiert werden, daß nur auf die Unmöglichkeit anderen Absatzes hin bedingt angeschafft sei; auf diesen Fall bestehe allerdings nur die Abnahmepflicht; aber die Anschaffung, der bedingte entgeltliche Erwerb des Eigentums, das Recht auf den zugeteilten entsprechenden Teil sei nicht davon begrenzt und unabhängig von jener Pflicht. Die Bedingung der Anschaffung trete ein, sobald der Konsortiale wolle und die Leitung die Zeichnung annehme, und nur im Falle des Ueberbleibens von Stücken würde sein freier Wille durch jene Pflicht ersetzt. Die Unabhängigkeit dieser Ab-

*) Der Erfolg ist, da es natürlich jeder so macht, allerdings recht fraglich.

*) Es wird nicht mit sich selbst kontrahiert, auch wenn das Leitungshaus für sich zeichnet, da es sich in der Eigenschaft des Zuteilenden als Beauftragter der Gesellschaft betrachtet.

**) Man könnte nicht bloß die Differenz zwischen Übernahme- und Emissionskurs buchen, denn an dem ganzen Preis sind die Gesellschafter quotenmäßig interessiert; dieser Eingang ermäßigt durch die Gutschrift die Zinspflicht der Konsortialen für ihre auf Kredit gemachten Einzahlungen oder ermöglicht frühere Ausschüttungen.

nahmepflicht von der bedingten Anschaffung zeige sich dann aber darin, daß ein Konsortiale, der bereits auf seine ganze Quote durch Zeichnung Stücke erhalten habe, trotzdem von einem eventuellen Reste nochmals einen seiner Quote entsprechenden Teil abnehmen müsse. Die bedingte Anschaffung sei schon durch jenen Eigentumserwerb dinglich erfüllt worden; für einen weiteren Betrag trete nun die Stempelpflicht ein.

Es ist vielmehr umgekehrt. Die Anschaffung ist bedingt nur auf den Bestand bei Konsortiumsauflösung; dieser wird durch Emissionsverkäufe verringert, auch durch Käufe der Konsortialen; ein solcher erwirbt dabei zwar Alleineigentum, aber nicht das, das er in seiner Beteiligung bedingt angeschafft. Hat er durch Zeichnung so viel erhalten, als seiner Quote am Urbestand entspräche, so muß er trotzdem von dem Reste, der dann noch übrig bleibt, nochmals quotenmäßig abnehmen. Freilich kann dabei das maximum, auf das er sich bedingt eingelassen hatte, nicht mehr erreicht werden, aber das ist auch seinerzeit die Hoffnung gewesen, seine Anschaffung darum nur bedingt gewesen; daß der Stempel trotzdem auf die volle Quote fällt, kommt eben daher, daß das Gesetz auch die bedingte Anschaffung im höchstmöglichen Betrage besteuert.

Und nun den dritten Fall, daß die Konsortialen nach unseren obigen Ausführungen Miteigentum an allen Papieren haben und durch Zeichnung sich anschaffen. Hier gilt dasselbe. Der Stempel ruht auf der Anschaffung von Alleineigentum. Die Gemeinschaft ist ständig auf ihre Auseinandersetzung gerichtet, enthält für jeden bei ihrer Eingehung die auf den Fall der Auseinandersetzung bedingte Anschaffung des Auseinandersetzungsteiles zu Alleineigentum. Was ein einzelner anders als durch die Auseinandersetzung zu Alleineigentum erwirbt, ist noch nicht angeschafft gewesen und muß darum versteuert werden.

Wir stellen demnach die Sätze auf:

1. Die quotenmäßige Verteilung von Restbeständen bei der Auflösung des Konsortiums zieht kein neues Anschaffungsgeschäft nach sich, unterliegt daher keinem Stempel.
2) Die Erwerbung von Stücken durch einen Konsortialen auf Grund von Zeichnungen ist nur für denjenigen kein Anschaffungsgeschäft und stempelfrei, der schon Alleineigentümer der Stücke war.*)

V. Eine wichtige Frage bleibt nun noch die Beziehung der Konsortialen zu den durch Kursstützungskäufe am Markte vor der Konsortiumsauflösung erworbenen Stücken. Wir sehen, daß diese Käufe sowohl vom leitenden Haus als von einzelnen Konsortialen gemacht werden, natürlich in gegenseitigem allgemeinen oder speziellen Einverständnis. Wir bemerken dabei, daß sich diese Geschäfte durch nichts von anderen Kommissions- oder eigenen Geschäften des betr. Hauses unterscheiden, nach außen wenigstens. Im Gegensatze zum Emissionsverkauf pflegt es nämlich die Angabe „für Rechnung (im Auftrage) eines Konsortiums" der Schlußnote nicht beizufügen, weil der Kursstützungskauf als solcher natürlich nicht ausposaunt werden soll. Die Buchungsmethode in der Konsortiumsabwickelung ist im allgemeinen aber folgende.*) Die Leitung eröffnet dem Konsortium wie irgend einem wirklichen Kunden ein eigenes Konto. In dessen Passivseite kommt zunächst der Gesamtbetrag der übernommenen Papiere zu dem Übernahmepreis, dann die Ausschüttungen an die Konsortialen**), die zu leistenden Zinsen und die Beträge der Kursstützungskäufe. In die Aktivseite werden gestellt die Einzahlungen der Konsortialen, die Kaufpreise aus den Zeichnungen und weiteren Verkäufen. Der Saldo ist Gewinn oder Verlust und wird danach auf Passiv- oder Aktivseite gebucht. Über gebliebene Bestände erscheinen als durchlaufender Posten auf beiden Seiten, könnten aber auch wegbleiben, da sie zum Übernahmepreis schon in dem Gesamtbetrag und anderenteils in der Einzahlung enthalten sind. Werden sie gebucht, so stellen sie sich im Debet als Ausschüttung, im Kredit als Kaufpreis dar.

Weiter führt aber in der Regel auch jeder einzelne Konsortiale für sich ein Konto seiner Beteiligung, auf dem die Einzahlungen an das Konsortium im Debet, die erhaltenen Ausschüttungen im Kredit stehen. Hier könnten nun auch Kursstützungskäufe als durchlaufender Posten verbucht werden, im Debet der gemachte Aufwand, im Kredit gleichlautend die empfangene Deckung vom Konsortium. Es werden aber diese Posten gewöhnlich auf dem Effektenkonto (Kommissionskonto) mit dem Leitungshaus bezw. von diesem mit dem Konsortialkonto verrechnet.

Diese Buchungsmethode ist aber die gleiche, mag das Konsortium nun Miteigentum, oder das

*) Das Gesagte gilt natürlich ebenso, wenn nach der Zeichnung, aber vor der Auflösung einzelne oder alle Konsortialen einen Teil von nicht abgesetzten Stücken, wie ein Käufer fest abnehmen.

*) Vgl. Buchwald, Technik des Bankbetriebes 1907, 360.

**) Die Ausschüttungen erfolgen aber nicht immer bloß in großen Posten, sondern oft bis zu den geringsten Beträgen, z. B. bei fälligen Koupons; auch die Einzahlungen werden oft auf die kleinsten Bedürfnisse (für Spesen) geteilt jeweils eingehoben, um möglichst keine Zinsen in Rechnung stellen zu müssen, was bei hohen Geldsätzen von Bedeutung ist.

Leitungshaus oder die einzelnen Konsortialen Alleineigentum an den Stücken gehabt haben. Rechnerisch erscheint das Konsortium immer als eigene Persönlichkeit; das war auch schon so, als die Gelegenheitsgesellschaft nach altem Rechte nicht den leisesten Anklang an eigene Persönlichkeit hatte. Diese Rechnungsmethode gibt uns darum nicht den geringsten Anhalt für die Rechtsnatur des Konsortiums noch für die Rechtsverhältnisse an den aufgekauften Stücken.

Auch die Einsetzung der Konsortialbeteiligung in die Bilanz bringt uns nicht weiter. Sie geschieht entweder unausgeschieden mit den eigenen Effekten oder als besonderer Posten. Immer aber ist hier nur die Beteiligung, also das obligatorische Forderungsrecht, nicht das wirkliche Eigentum erkennbar: das für die Beteiligung aufgewendete Kapital ist in den Passiven enthalten, Gewinn oder Verlust in der Gewinn- und Verlustrechnung. Während es sich bei den eigenen Effekten um wirkliches Eigentum handelt, ist die Konsortialbeteiligung eine Forderung, die als solche in der Bilanz interessiert, während hier das Eigentum an Konsortialpapieren nicht von Belang ist, da darauf event. auch die anderen Beteiligten Rechte haben.

Wichtig aber ist die Eigentumsfeststellung für den Konkursfall, da hier Rechte ex jure dominii gegenüber bloß obligatorischen Forderungen die Aussonderung genießen (vgl. z. B. § 26 KO.).

Wir müssen darum den rechtlichen Vorgang beim Kursstützungskauf im einzelnen ins Auge fassen. Es lassen sich da die 3 Möglichkeiten denken:

1) Die aufkaufende Bank handelt als Kommissionär für das Konsortium

oder 2) in direkter Stellvertretung desselben

oder 3) für sich allein, während sie nur kraft obligatorischer Abmachung vom Konsortium Deckung verlangen kann und Gewinn an das Konsortium abführen muß.

Das RG. gibt uns in einer Entsch. (56, 297) zur Beantwortung die leitenden Gesichtspunkte. Es behandelt da allerdings nur den Emissionsabsatz auf Grund der genehmigten Zeichnungen. Aber es sagt da, daß eine beteiligte Zeichnungsstelle, (die dort nicht Alleineigentümer der Papiere war) weder Kommissionär noch direkter Stellvertreter zu sein, noch sich vorher das Alleineigentum an den Papieren zu verschaffen braucht.

Schon der Verkaufskommissionär wird nicht Eigentümer des Kommissionsgutes, sondern der Eigentumsübergang vollzieht sich durch seine Vermittlung direkt zwischen Kommittenten und Käufer, auch wenn ersterer nicht benannt wurde (vgl. Cosack Handelsrecht 232), daß dabei der Stempel zweimal entrichtet werden muß, ist eine finanzielle Absicht des Gesetzgebers für sich. Aber bei Ausführung der Konsortialgeschäfte liegt auch keine Kommission vor. In der Zuteilungsschlußnote an die Zeichner pflegt die Zeichnungsstelle ihrer Firma als Veräußerer die Worte: „im Auftrage (für Rechnung) eines Konsortiums" beizufügen. Ob dies nur eine Schranke für den Steuerbeamten sein soll, um, wie das RG. meint, zu zeigen, daß ein nicht doppelt zu versteuerndes Verhältnis vorliege, oder schon vor dem Stempelgesetz üblich war, entzieht sich meiner Kenntnis. Mir dünkt es mehr dem Gefühl entsprungen, das Geschäft als das, was es ist, einen Konsortialabsatz im Wege der Emission, zu bezeichnen*). Man wird dem RG. auch Recht geben müssen, daß damit nicht eine direkte Vertretung im Sinne des § 164 BGB. gemeint ist, so verschiedenartig der Ausdruck auch oft von dem auf juristische Kriterien nicht geaichten Kaufmann angewandt wird. Zu dieser Annahme fehlt es trotz gemeinschaftlicher Prospektveröffentlichung und Zeichnungsaufforderung im Augenblick des Geschäftsabschlusses, der Zuteilung, an der Benennung des Vertretenen. Die Zuteilung ist auch fast immer selbständiger Willensakt der Zeichnungsstelle. Auch darin hat das RG. Recht, daß zur Erfüllung von im eigenen Namen geschlossenen Verträgen eine bloße tatsächliche Verteilung der gemeinschaftlich erworbenen (oder auch nur einem Bankhaus gehörenden) Stücke vollkommen ausreicht, ohne Eigentumsübertragung unter den Konsortialen. Die Verkaufsverpflichtung der Eigentumsverschaffung kann auch erfüllt werden, ohne daß man das Eigentum hat oder erwirbt.

Ob nicht die konsortiale Verbindung der Zeichnungsstellen ein Handeln für fremde Rechnung im Sinne der „Kommission" ausschließt, mag dahingestellt bleiben, da es für den Kursstützungskauf auch aus anderen Gründen auf die Eigenschaft des Kommissionsgeschäfts nicht ankommt.

Der Einkaufskommissionär muß im Gegensatz zum Verkaufskommissionär das Eigentum am Kommissionsgut zunächst für sich erwerben und ist verpflichtet, es dem Kommittenten durch neuen Akt zu übertragen (vgl. Cosack HR. 229). Gar nicht anders verhält es sich hier, wenn wir das aufkaufende Haus nicht als Kommissionär des Konsortiums ansehen und dabei der Meinung sind, es würde für ein Gesellschaftsvermögen angeschafft. Ein einzelner Gesellschafter kann in direkter Stellvertretung nur im Namen der sämtlichen Gesellschafter nach § 164 BGB. handeln; denn einen gesetzlichen Vertreter hat die nicht mit juristischer Person ausgestattete Gesellschaft nicht. Der Kursstützungs-

*) Dieser Zusatz wird ja auch von Zeichnungsstellen, die nicht konsortial beteiligt sind, gebraucht.

kauf wird aber weder „im Namen des Konsortiums“ vorgenommen, noch wird ein „Auftrag“ desselben verlautbart. Soll also die wirtschaftliche Wirkung doch für das Konsortium eintreten, so gibt es nur zwei mittelbare Wege:

a) Das im eigenen Namen aufkaufende Haus überträgt entweder durch einen besonderen Akt das Eigentum auf die Gesamtheit der Konsortialen weiter, wie es auch der Kommissionär tun mußte. Der zweimalige Stempel und die zweimalige Eigentumsübertragung ist im einen wie im andern Falle gegeben.

oder b) es denkt überhaupt nicht daran, das Eigentum zu übertragen, da es die Stücke ja möglichst gleich wieder verkaufen will. Es schafft sich nur Deckung, indem es den ganzen aufgewendeten Betrag ohne Berechnung eigenen Vorteils sich aus der Konsortialkasse bezw. von den einzelnen Konsortialen nach deren Teilen zahlen läßt; und ebenso hat es den ganzen Erlös aus dem Wiederverkauf dorthin abzuführen; also die ganze Transaktion geschah wohl für Rechnung der Gesamtheit; aber diese schaffte nicht an, da sie Eigentum nicht erwerben wollte, das Eigentum beim Käufer bleiben sollte. Die Deckung geschah nur auf Grund der obligatorischen Verbindung der Konsortialen. Und wenn nun auch am Schlusse einzelne von diesen Stücken übrig bleiben, und nach dem Vertrage verteilt werden, so vollzieht sich jetzt nicht eine stempelpflichtige Anschaffung, (wenn allerdings auch ein Eigentumsübergang stattfindet), sondern immer liegt hier nur, gerade wie oben, die tatsächliche Ausführung der immer im Konsortialvertrag liegenden besteuerten bedingten Anschaffung vor. Der Teil, den jeder seinerzeit in maximo bedingt angeschafft hatte, kann sich auch durch Ankauf auf dem Markte nie erhöhen. Die Anschaffung erstreckte sich nur generell auf die Papiere, nicht auf bestimmte Stücke, also schlechthin auf den Rest bei der Auflösung ohne Rücksicht auf jeweilige Ab- und Zunahme während der Operationen.

Gemäß der tatsächlichen Übung, wie sie bei dem Rückkauf in obiger Darstellung sich abspielt, kann nur der Fall b in Betracht kommen.

In wessen Eigentum also die ursprünglich emittierten Stücke waren, ob in Allein- oder Miteigentum, ist für das Eigentum an den zurückgekauften Papieren ganz belanglos.

Die Rechtsverhältnisse derselben sind aber auch ein erneutes Argument dafür, daß die dem Gesellschaftszweck des Konsortiums dienenden Papiere kein Gesellschaftsvermögen im Sinne des § 718 BGB. bilden; denn dann müßten auch die zurückgekauften Stücke Gesellschaftsvermögen werden. Dies könnte sich aber nur entweder mittels direkter Stellvertretung oder zweimaliger Anschaffung seitens der kaufenden Konsortialen und dann der Gesamtheit vollziehen. Unter dieser Gestalt spielt sich aber der Vorgang in Wirklichkeit, wie ausgeführt, nicht ab.

Es widerspricht uns nicht, daß das einzelne Bankhaus in seiner Bilanz unter den Effekten nicht das wirkliche Eigentum an den (jeweiligen Konsortien dienenden) Papieren angibt; denn in die Bilanz gehört nur, was für eigene Rechnung geht und das ist die gesamte Konsortialbeteiligung ohne Rücksicht auf den zufälligen Bestand von Eigentum an Konsortialstücken, auf welche die anderen Konsortialen einen Verteilungs- und Herausgabeanspruch haben.

VI. In unsere Auffassung fügt sich auch der spätere Eintritt eines Konsortialen ohne die Schwierigkeiten, die sich bei dem Gesamthandseigentum ergeben. Es vollzieht sich dabei nur eine neue bedingte Anschaffung in der Höhe der erworbenen Quote; ein wirkliches Stückeeigentum wird ihm regelmäßig nicht übertragen werden, desgleichen findet kein Eintritt in eine etwaige Miteigentumsgemeinschaft statt, wenn die Erstkonsortialen die Papiere gemeinschaftlich übernommen hatten. Dieses dingliche Verhältnis berührt die rein obligatorischen Rechte des neuen Konsortialen nicht.

Sollte sich ein Ausscheiden eines Konsortialen vor Auflösung des Konsortiums ereignen, so findet ein Rückerwerb von dessen Quote seitens der anderen Konsortialen oder eines derselben statt. Denn ein solches Ausscheiden kann nur durch Vertrag geschehen. Auf wen immer die preisgegebene Quote fällt, der betreffende schafft stets bedingt an, mit Ausnahme dessen, der von vornherein das Alleineigentum an allen Stücken besessen hatte.

Die Praxis, welche nicht der geeignete Platz für den Austrag von Lehrmeinungen ist, wird aus der Stellungnahme des RG. die Folgerung ziehen, und hat dies wohl auch meist schon getan, einen oder alle Konsortialen von vornherein in das Alleineigentum aller Stücke bezw. der Anteilsquoten zu setzen, wann immer dies möglich ist.

Beschränkung des Weiterverkaufs von Waren nach englischem Recht.

Von Rechtsanwalt **Dr. C. H. P. Inhulsen**, Birkbeck Bank Chambers, Holborn, London WC.

Abweichend von der Auffassung des deutschen Reichsgerichts (RG. 51, 139; RG. 36, 178) gilt in England der Satz, daß einem patentierten Artikel

Bedingungen mit der Wirkung auferlegt werden können, daß sie mit dem Artikel laufen (Bad. Anilin- und Soda-Fabrik v. Isler. High Court of Justice. 24. Febr. 1906). Dieser Satz gilt nicht für gewöhnliche Waren; soll bezüglich letzterer ein ähnliches Resultat erzielt werden, so kann zunächst der Versuch gemacht werden, dasselbe auf dem Vertragswege zu erreichen. Ein englischer Fabrikant versah jeden Artikel mit einem Zettel, welcher den niedrigsten Detailpreis angab, mit dem Hinzufügen, daß unter demselben nicht verkauft werden dürfe. Der Zettel besagte weiter: „Durch Annahme der Ware verpflichtet sich der Käufer uns gegenüber, die Bedingung einzuhalten. Bezieht der Detaillist durch einen Grossisten, so gilt letzterer als unser Verkaufsagent". Die Vertragsklage des Fabrikanten gegen einen Detaillisten, welcher durch einen Grossisten bezog und die Bedingung nicht einhielt, wurde mit der Begründung abgewiesen, der Grossist sei nicht Verkaufsagent; er habe für eigene Rechnung gekauft und weiterverkauft. (Taddy v. Sterious, 1904, 1 Ch. 354; als richtig anerkannt in Mc. Gruther v. Pitcher, 1904, 2 Ch. 306.) Damit hatte sich der Vertragsweg als nicht geeignet erwiesen, den für patentirte Artikel geltenden Satz auf gewöhnliche Waren auszudehnen. Es verblieb ein weiterer Weg: die Deliktsklage.

Im Januar 1903 zeichnete ein Herr Ell einen von der National Phonograph Co. entworfenen Detaillistenvertrag, einen gedruckten Vertrag mit einer offen gelassenen Stelle, verbunden mit einer weiteren gedruckten Urkunde mit der Überschrift: „Detaillistenpreisliste, Stipulationen, Diskonti und Verkaufsbedingungen". Die wesentlichen Verkaufsbedingungen lauteten: —

1. Detaillisten dürfen, weder direkt noch indirekt, Waren unter Diskontabzug oder unter den Preisen der laufenden Liste abgeben, verkaufen, oder anbieten; ferner nicht an Händler, welche auf unserer Suspensliste stehen; noch darf bei Abgabe zum Listenpreise Extramaterial beigefügt werden, welches nach der Liste nicht zur ordentlichen Ausstattung gehört.

2. In der Abgabe oder in dem Verkaufe anderer Waren unter den laufenden Preisen, um den Verkauf unserer Waren zu forcieren, liegt eine Verletzung dieses Vertrages.

4. Eine Verletzung dieses Vertrages liegt ferner im Austausch unserer Waren gegen Reklameprivilegien oder andere Waren, sowie in der Annahme anderer Waren als Zahlung für unsere Waren.

7. Händler, welche die vorstehenden Bedingungen verletzten oder versäumen, uns geschuldete Beträge zu zahlen, können sofort ausgeschlossen und auf die Suspensliste gesetzt werden.

Herr Ell lieferte an eine auf der Suspensliste stehende Aktiengesellschaft. Auf die gegen diese letztere erhobene Deliktsklage der National Phonograph Co. ist nachstehende Entscheidung ergangen:

Klägerin behauptet nicht, daß Beklagte zu den in der 7ten Verkaufsbedingung gedachten Händlern gehört. Trotzdem hat Klägerin, welcher die Beklagte aus einem nicht bekannten Grunde mißfällt, dieselbe auf die Suspensliste gesetzt. Man kann zweifeln, ob im Verhältnis zwischen den Kontrahenten des Detaillistenvertrages Klägerin Personen ausschließen kann, welche nicht unter die in der 7ten Verkaufsbedingung gedachten Händler fallen, und sich über einen Detaillisten, wie Ell, beschweren darf, welcher an eine nicht unter den gedachten Begriff fallende Person verkäuft.

Ell hat indessen „unter" den vorgeschriebenen Detailpreisen geliefert; von den Grossisten Simpson & Co., bei welchen er in der Regel seinen Bedarf deckte, beschaffte er einem Angestellten der Beklagten für Rechnung der letzteren klägerische Waren zu einem geringeren Preise, als der Detaillistenvertrag vorschrieb. Darin erblickt Klägerin einen Vertragsbruch auf Seiten des Ell. Klägerin behauptet weiter, zum Vertragsbruche sei Ell durch die Beklagte verleitet worden. Klägerin könne daher, ohne Ell überhaupt zu verklagen, die Beklagte mit der Deliktsklage auf Schadenersatz belangen und eine Verfügung beantragen, welche der Beklagten verbiete, den Ell oder Andere in gleicher Lage zu verleiten, der Beklagten unter vertragswidrigem Diskontabzug klägerische Waren zu liefern.

Die Klage geht von der Annahme aus, daß Ell einen mit der Klägerin geschlossenen Vertrag verletzte, und daß Klägerin ihn deshalb auf Schadenersatz belangen könnte. Ist diese Annahme nicht richtig, so fällt die vorliegende Klage zusammen. Weiter würde der Beklagten kein höherer Schadenersatz auferlegt werden können, als Ell wegen seines Vertragsbruches zu zahlen hätte.

Hat Ell eine Handlung vorgenommen, welche die Klägerin berechtigen würde, wegen Vertragsbruches Schadenersatz — wenn auch nur nominellen — von ihm zu fordern? Betrachten wir näher den einzigen Vertrag, aus welchem Klägerin Rechte gegen Ell herleiten könnte. Direkt mit Klägerin hat Ell überhaupt nicht verkehrt. Er bezog die klägerischen Waren von den Grossisten Simpson & Co., welche ihn vor Beginn der Lieferungen veranlaßten, den Detaillistenvertrag zu zeichnen. Ell zeichnete folgendes: „Als Gegenleistung dafür, daß mir durch .... klägerische Waren unter Abzug der laufenden Detaillistendiskonti verkauft werden, vereinbare ich hiermit mit der Klägerin, nach Prüfung der Preisliste, Stipulationen, Diskonti und Verkaufsbedingungen,

dieselben zu beachten, genau zu erfüllen und mich an dieselben zu binden." Beim Entwerfen dieser Urkunde wurde vermutlich beabsichtigt, daß in die offene Stelle die Grossisten, welche die Unterzeichnung beschafften, mithin hier Simpson & Co., ihren Namen eintragen sollten. Angenommen, Simpson & Co. wären eingetragen worden, bevor Ell zeichnete, welche Personen würden die Vertragsparteien sein? Tatsächlich wurde der Vertrag nicht mit der Klägerin geschlossen, wenngleich dieselbe als Vertragspartei benannt wird. Angenommen jedoch, es sei ein Vertrag zwischen Klägerin und Ell, worin besteht die Gegenleistung für letzteren? Klägerin erleidet weder einen Nachteil, noch nimmt sie eine Handlung vor, aus welcher Ell einen Vorteil zieht. Die Gegenleistung, welche Ell erhält, geht nicht von der Klägerin aus. Eine nicht an der Gegenleistung beteiligte Person kann nicht aus dem Vertrage klagen, mag derselbe auch zu ihrem Vorteil geschlossen sein. Simpson & Co., von welchen die Gegenleistung ausgehen würde, sind nicht einmal Prozeßpartei. Es ist sonach höchst zweifelhaft, ob Klägerin den Ell, ja! überhaupt irgend jemandem, einschließlich der Beklagten, wegen Nichterfüllung des von Ell gezeichneten Detaillistenvertrages verklagen könnte. Jedenfalls hat Klägerin den Ell nicht verklagt. Es wird nicht behauptet, daß Ell unbemittelt ist. Klägerin hat ihn als Zeugen vorgeführt. Derselbe macht mit beiden Prozeßparteien Geschäfte und scheint mit beiden auf freundschaftlichem Fuße zu stehen.

Klägerin hat nicht nachgewiesen, daß Beklagte den Ell veranlaßte, seinen Vertrag mit Klägerin zu brechen. Es fehlt sogar der Nachweis, daß Beklagte irgend eine Person zur Vornahme irgend einer Handlung veranlaßte.

Selbst, wenn der Verkauf an Beklagte ein Bruch des Ell'schen Vertrages war, und Beklagte dies beim Abschluß wußte, so fehlt jedenfalls der dolus auf Seiten der Beklagten; ihre Absicht war nicht, die Klägerin zu benachteiligen. Einen dolus könnte man nur auf Seiten der Klägerin finden. Beklagte war nicht der Angreifer; sie wünschte nur die klägerischen Waren an ihre Kunden zu liefern. Klägerin fühlt sich verletzt, weil sie die Beklagte ausschließen möchte. Ell hat es der Beklagten ermöglicht, dies zu vereiteln.

Nur flüchtig berührt wurde die Frage, ob der Detaillistenvertrag wegen Beschränkung der Handelsfreiheit ungültig sei. Nicht klar ist ferner, ob Klägerin behauptet, Ell habe gewußt, daß Beklagte auf der Suspensliste stand. Wußte er dies nicht, so kann er nicht die Klausel verletzt haben, welche Verkäufe an auf der Suspensliste stehende Händler untersagt. Dies kann allerdings irrelevant sein, weil Ell jedenfalls nicht die vorgeschriebenen Detailpreise berechnet hat. Er zog Diskont ab; er berechnete tatsächlich den Preis, zu welchem er selbst von Simpson & Co. bezog. Dadurch ist der Klägerin kein direkter Geldschaden erwachsen. Würde Ell die vollen Preise berechnet haben, so würde die Differenz nicht in die Tasche der Klägerin geflossen sein. Klägerin verkauft nur an Grossisten und macht bei jedem Verkaufe ihren üblichen Gewinn. Da Beklagte nicht gekauft haben würde, falls sie die vollen Detailpreise hätte zahlen müssen, hat Klägerin aus der Transaktion zwischen Ell und der Beklagten einen Vorteil gezogen. Hat jemand einen Verlust erlitten, so war es Ell; er beklagt sich nicht und kann sich nicht beklagen, weil er selbst die Transaktion mit der Beklagten abschloß.

Sollte zwischen Klägerin und Ell ein Vertrag dahin vorliegen, daß Ell von Simpson bezogene, klägerische Waren nicht unter den vorgeschriebenen Detailpreisen verkaufen durfte, so entsteht die weitere Frage: kann die Klägerin, welche in keinem Vertragsverhältnis zu der Beklagten steht, letztere mit der Deliktsklage belangen, unter der Begründung, daß in der Transaktion zwischen der Beklagten und Ell ein widerrechtlicher Eingriff in ein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und Ell liege? Eine frühere Entscheidung, welche eine derartige Klage unter den vorliegenden Verhältnissen für zulässig erachtet, liegt nicht vor. Klagbar ist allerdings das Weglocken eines Dieners oder Lehrlings; ferner das Veranlassen zum Brechen eines persönliche Dienstleistungen stipulierenden Vertrages, eines ausschließlichen Engagements eines professionellen Sängers oder einer Verpflichtung, in einem besonderen Fabrikationszweige ausschließliche Dienste zu leisten. In allen diesen Fällen wird in ein bestimmtes, rechtlich anerkanntes Vertragsverhältnis störend eingegriffen. Klägerin behauptet nun, in früheren Entscheidungen fänden sich Äußerungen, welche die vorliegende Klage recht fertigten. Einige dieser Äußerungen sind im Oberhause ausdrücklich verworfen worden. Klägerin verweist hauptsächlich auf folgenden Passus i. S. Quinn v. Leathem (1901, A. C. 510): „die Entscheidung i. S. Lumley v. Gye war richtig, nicht, weil eine dolose Absicht vorlag, — darauf gründete sich die Klage nicht — —, sondern weil eine bewußt begangene Rechtsverletzung einen Klagegrund bildet, und weil eine Rechtsverletzung in der Störung eines rechtlich anerkannten Vertragsverhältnisses liegt, es sei denn, daß die Störung sich rechtfertigen läßt." Allgemeine Äußerungen in einer Entscheidung sind in Verbindung mit dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Tatbestand auszulegen; die mögliche Anwendung auf andere Tatbestände prüft der entscheidende Richter in der Regel nicht eingehend. „Jedes Urteil, heißt es in 1901 A. C. 506, ist in Verbindung mit seinem besonderen Tatbestande auszulegen.

Allgemeine Äußerungen im Urteile wollen nicht das Recht generell darstellen, sondern werden beherrscht und qualifiziert durch den besonderen Tatbestand. Autorität ist eine frühere Entscheidung ferner nur insoweit, als sie tatsächlich entscheidet; sie kann nicht für einen Satz zitiert werden, der logisch aus derselben zu folgen scheint." Der obige Passus aus Quinn v. Leathem hatte einen Fall im Auge, welcher von dem unsrigen vollständig verschieden ist. Der Passus war nicht als ein Gesetzparagraph gemeint. Jedenfalls würden noch die Fragen verbleiben, was unter Vertragsverhältnis — im Gegensatz zur bloßen Vertragsverpflichtung — zu verstehen ist; wann eine Störung desselben vorliegt; und wann die Störung gerechtfertigt ist. Nach Klägerin soll in dem Passus der Satz liegen, daß falls A den B veranlaßt, einen Vertrag des B mit C zu brechen, C, ohne den B zu verklagen, den A auf Schadenersatz belangen und gegen A eine interdiktorische Verfügung erwirken könne. Dafür läßt sich keine Entscheidung zitieren; im Gegenteil i. S. Exchange Telegraph Co. v. Gregory & Co. (1896, 1 Q. B. 157) heißt es: „Nicht jedes Veranlassen zum Vertragsbruche gibt einen Klagegrund; die Natur des gebrochenen Vertrages ist zu untersuchen." Z. B. A, welche sich mit B verlobt hatte, heiratet auf Drängen des C den C, welchem bekannt war, daß A mit B verlobt war. Kann B, anstatt die A auf Schadenersatz zu verklagen, den Ehemann C mit der Deliktsklage auf Schadenersatz belangen, weil derselbe störend in ein Vertragsverhältnis zwischen B und A eingriff und die A zum Vertragsbruche veranlaßte? Angenommen, B klagt vor der Eheschließung, kann er eine Verfügung erwirken, welche dem C untersagt, die A zur Eheschließung mit letzterem zu veranlassen? Nach Klägerin würden diese Fragen zu bejahen sein. Ferner angenommen, A wird von B unter der Bedingung beschäftigt, daß er nach Schluß der Dienstzeit in der Nachbarschaft keine ähnliche Beschäftigung annehmen soll, und tritt nach Schluß der Dienstzeit bei C ein, welcher in derselben Stadt ein ähnliches Geschäft betreibt. Kann B den C auf Schadenersatz verklagen und eine Verfügung erwirken, welche dem C untersagt, den A zu beschäftigen? Weiter, bei Herausgabe eines Buches zum Nettopreise pflegt der Verleger mit den von ihm beziehenden Buchhändlern zu vereinbaren, daß dieselben 6 Monate lang nicht unter dem Nettopreise verkaufen dürfen. Kann derjenige, welcher einen Buchhändler veranlaßt, diese Vereinbarung zu brechen, von dem Verleger verklagt werden? Ein Versprechen, welches bloß darauf geht, eine oder mehrere besondere Handlungen zu unterlassen, z. B. nicht bei einer bestimmten Person zu kaufen oder nicht an dieselbe weiterzuverkaufen, begründet noch nicht das erforderliche Vertragsverhältnis. Jedenfalls ist das Vertragsverhältnis zwischen Klägerin und Ell nicht ein Vertragsverhältnis, wie es in den zitierten Passus vorausgesetzt wird. Es müßte ferner eine Störung positiver oder aktiver Art vorliegen, und der Klägerin müßte substantieller, nicht bloß nomineller Schaden zugefügt sein. Klägerin kann von der Beklagten keinen höheren Schaden verlangen, als sie in einer Klage gegen Ell fordern könnte, d. h. höchstens nominellen Schaden. Damit, daß von Simpson & Co. bezogene, klägerische Waren unter den im Detaillistenvertrage vorgeschriebenen, vollen Preisen von Ell an Beklagte verkauft oder von der Beklagten bei Ell gekauft wurden, läßt sich die vorliegende Klage nicht begründen." (National Phonograph Co. v. Edison Bell Consolidated Phonograph Co. High Court of Justice. 15. Dezember 1906.)

In unserer deutschen Heimat würde man das Klagerecht aus BGB. § 823 herleiten müssen: man würde zu behaupten haben, daß die Beklagte vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht der Klägerin widerrechtlich verletzt habe. Es ist bekanntlich kontrovers, was in dem gedachten § 823 unter „Recht" zu verstehen ist; man wird indessen sagen dürfen, daß eine Ausdehnung der Deliktsklage, wie sie in England versucht worden ist, im deutschen forum vermutlich gleichfalls nicht zugelassen werden wird.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. 1) Die Beweiskraft der bahnbeamtlichen Tatbestandsaufnahme im Falle der Beschädigung des Frachtgutes ist nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. 2) Bedeutung und Tragweite des Art. 31 Abs. 1 Nr. 4 des Internat. Übereinkommens (§ 77 Abs. 1 Nr. 4 EisenbVerkO.), wonach die Eisenbahn in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigentümlichen, natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, gänzlichen oder teilweisen Verlust oder Beschädigung durch Bruch usw. zu erleiden, für den aus dieser Gefahr entstandenen Schaden nicht haftet. Verhältnis dieser Bestimmung zum Art. 30 Int. Übereink. (§ 75 EisenbVerkO.) Eiertransport.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 10. Okt. 1906. 105. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Kläger erhielt aus Galizien und aus Lübeck in mehreren hundert Kisten, die von den Absendern verladen waren, in Köln Eier mit der Eisenbahn.

Bei der gemäß § 71 der EisenbVerkO. durch Lademeister und Stationsassistenten auf dem Güterbahnhof in Köln unter Zuziehung des Klägers vorgenommenen Untersuchung und Feststellung des Tatbestandes stellte sich heraus, daß die äußerlich unbeschädigten Kisten im Innern der Waggons erheblich verschoben und daß etwa der vierte bezw. dritte Teil der Eier ausgelaufen oder geknickt, ein anderer Teil beschmutzt war.

Der Kläger forderte im Klagewege Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens, unter der Behauptung, daß die ordnungsmäßig verpackten und abgeladenen Eier während des Transports durch ungewöhnlich heftige, im normalen Betriebe nicht zulässige Rangierstöße durch Verschulden der Bahn beschädigt worden seien. Er berief sich dafür auf die bahnamtlichen Feststellungen und die Tatsache, daß erfahrungsgemäß höchstens 1 Prozent Eier bei ordnungsmäßiger Verpackung und normalem Transport zerbrächen.

Der beklagte Fiskus bestritt unter anderm auch die von den Bahnbeamten getroffenen Feststellungen als maßgebend. Der erste Richter wies die Klage ab, der zweite Richter erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Revisionsgericht hob auf und verwies zurück aus folgenden Gründen:

Der Berufungsrichter stellt auf Grund der bahnamtlichen Tatbestandsaufnahmen fest, daß die Eier ordnungsmäßig verpackt und verladen worden sind und daß ihre bei der Ablieferung vorgefundene Beschädigung weder aus mangelhafter Verpackung noch aus mangelhafter Verteilung durch den Absender entstanden sein könne, sondern während des Transports in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entstanden sei.

Die Revision richtet sich an erster Stelle gegen die Benutzung der bahnbeamtlichen Tatbestandsaufnahmen, gegen welche der Beklagte in den Instanzen geltend gemacht hatte, daß die Beamten, welche die Aufnahmen bewirkt, wegen mangelnder Sachkunde nicht geeignet gewesen seien, die nach Art. 25 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnverkehr vom 14. Oktober 1890 (RGBl. von 1892, S. 73) und § 71 der VerkO. für die Eisenbahnen Deutschlands vom 26. Oktober 1899 RGBl. 557) erforderlichen Feststellungen zu treffen, deshalb Sachverständige hätten hinzugezogen werden müssen. Der Berufungsrichter hat hiergegen ausgeführt, nach den angezogenen Vorschriften sei die Feststellung des Tatbestandes Pflicht der Bahn, sie habe auch pflichtmäßig zu prüfen, ob Sachverständige zuzuziehen seien, und Verletzung dieser Pflicht könne die Bahn wohl schadensersatzpflichtig machen, aber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zum Nachteil des Klägers geltend gemacht werden. Was die Revision hingegen anführt, kann auf sich beruhen. Denn der Berufungsrichter erwägt daneben ganz richtig, daß es Sache der Prüfung im Einzelfalle sei, ob und welche Beweiskraft den bahnbeamtlichen Feststellungen einzuräumen sei, und gelangt bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, daß den Feststellungen hier voller Glauben beizumessen sei, weil sie ohne besondere Schwierigkeitenund ohne wissenschaftlich-technische Ausbildung zutreffen und die tatsächlich zugezogenen Beamten Stationsassistenten und Lademeister eines besonders verkehrsreichen Güterbahnhofes, dazu durchaus im Stande gewesen seien. Diesen rein tatsächlichen Erwägungen gegenüber, aus denen sich zugleich ergibt, daß nach der Annahme des Berufungsrichters die Bahn die ihr obliegende Pflicht erfüllt hat, sind die Bedenken, welche die Revision gegen die Benutzung der bahnbeamtlichen Tatbestandsaufnahme erhebt, hinfällig. Die Feststellung, daß die Verpackung und Verladung der Eier, die hier unstreitig durch den Absender erfolgt ist, ordnungsmäßig gewesen, und der festgestellte Schaden aus der mit einer mangelhaften Verpackung und Verladung verbundenen Gefahr nicht entstanden sein könne, greift die Revision übrigens ernstlich auch nicht an.

Daß die Bahn dem Kläger als dem Empfänger für die Beschädigung der Eier haftet, falls überhaupt ein Schadensersatzanspruch besteht, ist nicht streitig und nach den Art. 16 und 27 des Internationalen Übereinkommens und den §§ 66, 74 der EisenbVerkO. vom 26. 10. 1899 rechtlich unbedenklich. Nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters kann sich der Beklagte auf die Beschränkung seiner Haftpflicht durch den § 459 Abs. 1 Nr. 3 des HGB. und den § 77 Abs. 1 Nr. 3 der EisenbVerkO. und den Art. 31 Abs. 1 Nr. 3 des Internationalen Übereinkommens in der Fassung des Zusatzübereinkommens vom 16. 6. 1898 (RGBl. von 1901 S. 295) nicht berufen. Die Revision zieht das auch nicht in Zweifel. Sie beschwert sich nur darüber, daß der § 77 Abs. 1 Nr. 4 der EisenbVerkO., Art. 31 Abs. 1 Nr. 4 des Internationalen Übereinkommens nicht zu Gunsten des Beklagten zur Anwendung gebracht ist.

Die Entscheidung hängt hiernach davon ab, ob das Berufungsgericht auch mit Recht verneint hat, daß der Befreiungsfall des Art. 31 Abs. 1 Nr. 4 IÜ. und des § 77 Abs. 1 Nr. 4 (§ 459 Abs. 1 Nr. 4 HGB.) hier vorliege. Das Berufungsgericht erkennt an, daß rohe Eier vermöge ihrer eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit besonderer Bruchgefahr ausgesetzt sind, und die Revision meint, daß damit schon der Befreiungsfall der Ziff 4 gegeben sei, und der Beklagte nicht mehr nötig habe, sich auf die Vermutung des Art. 31 Abs. 2 IÜ.

und des § 77 Abs. 2 EisenbVerkO. (§ 459 Abs. 2 HGB.) zu berufen. Das ist irrig. Ohne die gesetzliche Vermutung würde der Beklagte zu beweisen haben, daß der Schaden, dessen Ersatz von ihm verlangt wird, aus der besonderen Bruchgefahr der Eier entstanden sei. Dieses Beweises überhebt ihn die Vermutung. Auch darin irrt die Revision, daß, damit die gesetzliche Vermutung Platz greife, von Seiten der Eisenbahn außer der leichten Verletzbarkeit gewisser Güter niemals etwas zu beweisen sei. Voraussetzung für die Anwendung der Vermutungsvorschrift ist, daß „nach den Umständen des Falls" („den Umständen nach") der eingetretene Schaden aus der von der Haftung ausgeschlossenen Gefahr „entstehen konnte." Wo also diese Voraussetzung nicht mit der leichten Verletzbarkeit des Frachtguts ohne weiteres gegeben ist, wird ihr Vorhandensein von demjenigen darzutun sein, der sich auf die Vermutung beruft, nur daß dann eben nicht mehr darzutun ist, als dies, daß nach den Umständen des Falls die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Eintritt des Schadens und der von der Haftung ausgeschlossenen Gefahr besteht.

Das Berufungsgericht gelangt nun zu der Annahme, daß nach den Umständen der vorliegenden Fälle die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der natürlichen Brüchigkeit der Eier und den eingetretenen Schäden nicht nur nicht dargetan, sondern ausgeschlossen sei. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen jedoch erkennen, daß diese Annahme auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung der Befreiungsbestimmungen des Art. 31 Abs. 1 Ziff. 4 IÜ. und des § 77 Abs. 1 Ziff. 4 EisenbVerkO. (§ 459 Abs. 1 Ziff. 4 HGB.) beruht.

Diese Bestimmungen sind zusammenzuhalten mit Art. 30 IÜ., § 75 EisenbVerkO. und § 456 HGB. wie früher Art. 424 Abs. 1 Ziff. 4 ADHGB. mit dessen Art. 395. Nach Art. 30 IÜ. und § 75 EisenbVerkO. (§ 456 HGB.) haftet die Eisenbahn u. a. nicht für den Schaden, der durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden „gewöhnliche" Lekage verursacht ist. Die Befreiungsbestimmungen des Art. 31. Abs. 1 Ziff. 4 IÜ. und des § 77 Abs 1 Ziff. 4 EisenbVerkO. (§ 459 Abs. 1 Ziff. 4 HGB.) dagegen schließen in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, „Verlust" Minderung („gänzlichen" oder teilweisen Verlust) oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, „außergewöhnliche" Lekage, Austrocknung und Verstreuung zu erleiden, die Haftung für den aus dieser Gefahr entstehenden Schaden aus. Ersichtlich haben die zuerst hervorgehobenen Bestimmungen den Schaden im Auge, den gewisse Güter im regelmäßigen Verlauf der Dinge vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit erleiden, während die ihnen gegenübergestellten hauptsächlich bezwecken, die Eisenbahn von der Haftung für außergewöhnlichen infolge der eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit eines Gutes entstehenden Schaden zu befreien.

Vgl. v. Hahn, Komment z. HGB. 2, § 11 zu Art. 424; Rosenthal Internat. Eisenbahnfrachtrecht 207; Lehmann und Ring, HGB. Bem. Nr. 4 zu § 459; Düringer und Hachenburg, HGB. § 459 Note II zu Ziff. 4 (667).

Das Berufungsgericht stellt fest, daß nach der Erfahrung des Verkehrs bei normalem Transport und ordnungsmäßiger Verpackung und Verladung der Bruch der Eier 1 % nicht übersteigt, und folgert dann für die vorliegenden Fälle, in denen nach der Feststellung, die das Berufungsgericht vorher getroffen hatte, die Verpackung und Verladung eine ordnungsmäßige gewesen ist, die Unmöglichkeit einer Zurückführung der eingetretenen Bruchschäden auf die natürliche Brüchigkeit der Eier ohne weiteres und unmittelbar daraus, daß hier erheblich mehr als 1 % nämlich 1/12 bis 1/3 der Gesamtladung zerbrochen ist. Damit tritt das Fehlsame der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zu Tage; denn den außergewöhnlichen Umfang des Schadens schlechthin und an sich (wenngleich unter der Voraussetzung gehörigen Verpackung und Verladung) zur Ausschließung und Widerlegung der Vermutung des Art. 31 Abs. 2 IÜ. und des § 77 Abs 2 EisenbVerkO. (§ 459 Abs. 2 HGB.) genügen lassen, heißt dem vorher Ausgeführten nach nichts anderes, als die gegebenen Befreiungsvorschriften da außer Anwendung setzen, wo sie hauptsächlich angewendet sein wollen. Irrigerweise sieht das Berufungsgericht das ausschlaggebende Moment darin, ob der Schadensfall bei normalem Betrieb eintreten konnte, oder ob er so erheblich war, daß er sich ohne die Annahme eines nicht gewöhnlichen Vorkommnisses erklären läßt. Die Befreiungsvorschriften, um die es sich hier handelt, beziehen sich auf leicht verletzbare Güter, für welche wegen dieser ihrer Eigenschaft während des Transports vorkommende Einwirkungen, die anderen Gütern gar nicht oder wenig gefährlich sind, eine besondere Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung mit sich führen. Darum kann das Entscheidende nicht sein, ob die leicht verletzbaren Güter auf dem Transport nur gewöhnlichen, mit dem regelmäßigen Betriebe verbundenen Einwirkungen, oder ungewöhnlichen, z. B. ungewöhnlich heftigen Rangierstößen, von denen in den vorliegenden bahnamtlichen Feststellungen die Rede ist, ausgesetzt gewesen sind. Das, worauf es, abgesehen von der

hier zunächst ausscheidenden Verschuldungsfrage an kommt, ist vielmehr, ob Umstände wirksam gewesen sind, die auch für andere als leicht verletzbare Güter in erheblichem Maße gefahrbringend gewesen wären. Inwieweit dies, sei es auf Grund eines unmittelbar geführten Beweises, sei es auf Grund eines Anzeigenbeweises, angenommen werden müßte, könnte der eingetretene Schaden nicht als aus der besonderen Gefahr entstanden gelten, die in der leichten Verletzbarkeit der Güter begründet ist.

Vgl. das in der Zeitschrift für den internat. Frachtverkehr 7, 482 mitgeteilte Urteil des Appellationshofes in Douai vom 9. 3. 1899, das auch einen Fall des Transports von Eiern betrifft.

Da das Berufungsgericht in der bezeichneten Richtung bisher eine Sachprüfung nicht vorgenommen hat, und, wenn diese zu einer der Klägerin günstigen Entscheidung nicht führt, mit Rücksicht auf Behauptungen der Klägerin noch der Frage des Verschuldens (§ 41 JÜ., § 77 Abs. 3 EisenbVerkO., § 459 Abs. 3 HGB.) näher zu treten sein wird, so ist das angefochtene Urteil aufzuheben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

* * *

Gesellschaften m. b. H. Verträge über Beteiligung an Gewinn und Verlust eines Geschäftsanteils (Unterbeteiligungsvertrag) unterliegen nicht der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 Ges. betr. die Gesellschaften m. b. H.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 10. Okt. 1906. 133. 06.

Im Juni 1901 schrieb die Beklagte an den Kläger:

„Durch Vermittelung des Herrn K. überlassen wir Ihnen unter uns

Mk. 5000 Beteiligung an der ImmobGesellsch. M.-O. G. m. b. H. à 115 Mk. 5750,-
4% Zins v. 21.10.1899 b. 15.6.01 „ 379,50
Mk. 6129,50

wofür wir Sie . . . belasten . . . Wir bitten Sie, hiervon unter gefl. Bestätigung conform Notiz zu nehmen und sich zu diesem Zwecke beiliegenden Schreibens zu bedienen."

Unter Benutzung dieser Beilage antwortete der Kläger am 16. Juni 1901:

„Im Besitze Ihres Schreibens vom 15 cr. akzeptiere ich dankend die mir überlassenen Mk. 5000 Beteiligung unter Ihnen bei der ImmobGesellschaft M.-O. G. m. b. H., indem ich die mir erteilte Aufgabe conform verbuche."

„Von dem übrigen Inhalt Ihres Briefes habe ich genehmigende Notiz genommen."

Bald darauf zahlte der Kläger den ihm berechneten Betrag an die Beklagte ein. Einen Gewinn aus dem Geschäfte bezog er nicht. Im September 1904 forderte er im Wege der Klage von der Beklagten die Rückzahlung der 6129 Mk. 50 Pfg. nebst Zinsen, indem er behauptete, daß es sich um den Abschluß eines auf die Abtretung eines Geschäftsanteils durch einen Gesellschafter gerichteten Vertrag gehandelt habe, der mangels Beobachtung der gesetzlichen Form nichtig oder mangels Willensübereinstimmung, wenn nämlich die Beklagte lediglich ein internes Gesellschaftsverhältnis auf Gewinn und Verlustbeteiligung habe begründen wollen, überhaupt nicht zustande gekommen sei.

Die Beklagte wendete ein, daß zwischen den Parteien ein auf Unterbeteiligung gerichteter, keiner Form bedürftiger Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sei.

Alle Instanzen wiesen die Klage ab. Gründe des Revisionsurteils:

Das Oberlandesgericht hat durch Auslegung der zwischen den Parteien gewechselten Briefe in Verbindung mit den übrigen Ergebnissen der Beweisaufnahme als zweifellos festgestellt, daß der Vertragswille des Klägers nicht auf den Erwerb eines Geschäftsanteils, sondern darauf gerichtet gewesen sei, daß ihm gegen Entgelt und gegen Übernahme der Verlustgefahr für einen Nennbetrag von 5000 Mk. der hierauf fallende jeweilige Gewinn der Beklagten überlassen werde, und daß ein gleicher Vertragswille bei der Beklagten bestanden habe. Diese auf wesentlich tatsächlichem Gebiete liegende Feststellung läßt eine Verletzung von Rechtsnormen nicht erkennen. Den festgestellten, auf Gewinn- und Verlustbeteiligung abzielenden sogenannten Unterbeteiligungsvertrag erachtet das Oberlandesgericht mit Recht für gültig. Vorab ist darauf hinzuweisen, daß eine Unterbeteiligung nicht nur bei einem Vertrage, der die Abtretung einzelner Ansprüche des Gesellschafters auf den Gewinn für einen bestimmten Zeitraum bezweckt, sondern auch dann vorliegt, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Gegenstand des Vertrages die Beteiligung am Gewinn und Verlust ohne zeitliche Grenze bildet. Verträge dieser Art unterliegen, wie der erkennende Senat bereits im Urteil vom 11. 4. 06. in Sachen Rommel, Häßner II 469/05 ausgesprochen hat, nicht der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 G. m. b. H. G. Die von der Revision vertretene gegenteilige Ansicht wird durch den klaren Wortlaut des Gesetzes widerlegt, welches nur für die Abtretung von Geschäftsanteilen und für eine Vereinbarung, durch die die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, die gerichtliche oder notarielle Form vorschreibt.

Um einen solchen Vertrag handelt es sich nach den Feststellungen des OLG. im vorliegenden Falle nicht. Die Beklagte hat ihren Geschäftsanteil weder ganz, noch zum Teil an den Kläger abgetreten oder eine entsprechende Verpflichtung zur Abtretung übernommen. Sie behielt ihren Geschäftsanteil für sich und beteiligte den Kläger auf einen bestimmten Nennbetrag am Gewinn und Verlust. Zwischen den Parteien besteht daher eine Gesellschaft oder doch ein der Gesellschafts ähnliches Rechtsverhältnis. Ein spekulativer Handel mit den hieraus für den Kläger entspringenden Ansprüchen ist durch die Sachlage und die Normen des Gesellschaftsrechts ausgeschlossen. Der Zweck des § 15 G. m. b. H. G., den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu erschweren (vgl. Entsch. des RG. in Zivilsachen 57, 61; Begründung des Gesetzes S. 31 Nr. 660 der Verhandlungen des Reichstages I. Session 1890/92), trifft auf den vorliegenden Vertrag nicht zu.

* * *

Zulässigkeit des Beschlusses eines Gastwirtevereins, durch welchen den Mitgliedern das Ausschänken von 2/10 und 4/10 Liter Bier untersagt wird.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 24. Okt. 1906. 127. 06.

Der Kläger, der Mitglied des beklagten Gastwirtevereins gewesen war, war durch Generalversammlungsbeschluß aus dem Verein geschlossen worden, weil er dem Vereinsbeschluß, wonach die Mitglieder 2/10 und 4/10 Liter Bier nicht ausschänken dürfen, zuwidergehandelt hatte. Er focht seine Ausschließung an, wurde aber in II. und III. Instanz mit seiner Klage abgewiesen. Gründe des Revisionsurteils:

Der Beschluß der Generalversammlung des beklagten Vereins, durch welchen den Mitgliedern das Ausschänken von 2/10 und 4/10 Liter Bier untersagt wird, war zweifellos im Rahmen der Aufgaben und Zwecke des Vereins gelegen: „die Geschäftsinteressen der Mitglieder zu wahren." Ob dieser Beschluß an und für sich zweckmäßig war oder nicht, ob die in der Generalversammlung zum Ausdruck gebrachte Kennzeichnung des Verfahrens des Klägers als „Schleuderhandel" gerechtfertigt ist oder nicht, darüber hat das Gericht nicht zu befinden. Vielmehr sind diese rein geschäftlichen Fragen der Autonomie des Vereins anheimgegeben. Keinesfalls läßt sich behaupten, daß ein solcher Beschluß gegen die guten Sitten verstoße (§ 138 des BGB.) oder daß durch ihn in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Kläger vorsätzlich Schaden zugefügt werde (§ 826 des BGB.). Ein Trinkzwang wird damit in keiner Hinsicht ausgeübt; ebensowenig wird dadurch die Trunksucht gefördert. Eher könnte man umgekehrt sagen, daß durch Verabfolgung von Bier in so kleinen Quantitäten wie 2/10 Liter ein Anreiz zum Trinken ausgeübt werde. Das Kammergericht hat ohne erkennbaren Rechtsirrtum tatsächlich festgestellt, daß dem Kläger jener Generalversammlungsbeschluß kundgegeben war, und daß er gleichwohl vorsätzlich ihm zuwidergehandelt hat. Damit hat aber der Kläger, wie das Kammergericht mit Recht annimmt, „sich den Vereinsbeschlüssen nicht gefügt" und dadurch im Sinne des § 4 des Statuts die Mitgliedschaft verwirkt.

* * *

1) Zur Frage, ob eine zu bestimmten Zwecken geschlossene Konvention von Fabrikanten als eine Gesellschaft oder als ein Verein anzusehen ist. 2) In der Vertragsbestimmung, daß über Streitigkeiten der Konvention mit ihren Mitgliedern, vorbehaltlich des Rechtsweges ein Vertrauensmann der Konvention entscheiden soll, ist zulässig.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 20. Okt. 1906. 371. 06.

Durch „Vertrag" vom 7. 6. 1904 trat eine größere Anzahl deutscher Zündholzfabrikanten zu der „Deutschen Sicherheits-Zündhölzer-Konvention" in Augsburg zusammen. Sie verpflichteten sich, alle Sicherheitszündhölzer, die sie nach dem 6. 6. 1904 in Deutschland zum Verkauf bringen würden, nur zu gemeinschaftlich vereinbarten Verkaufspreisen und Verkaufskonditionen auszubieten und zu verkaufen, sowie den im Deutschen Zollgebiete sich ergebenden Absatz prozentual nach näher vereinbarten Grundsätzen zu teilen und sich in regelmäßigen Zwischenräumen auszugleichen (§ 1). Nach § 6 des Vertrages kann mit 5/6 Mehrheit aller vorhandenen Stimmen die Aufnahme neuer Firmen in die Konvention unter Festsetzung der denselben zu bewilligenden prozentualen Beteiligung beschlossen werden. Nach § 14 sind die Organe der Gesellschaft: die Generalversammlung, der Vorsitzende oder dessen Stellvertreter, der Ausschuß und der Vertrauensmann bezw. dessen Stellvertreter. Der Vertrag wurde nach § 26 auf unbestimmte Zeit abgeschlossen; Kündigung sollte jedem Teilnehmer alljährlich spätestens am 1. Oktober für den nächsten 31. Dezember freistehen; doch verzichteten alle Teilnehmer darauf, von einem Kündigungsrecht vor dem 1. Oktober 1907 Gebrauch zu machen. § 25 des Vertrages lautet:

Streitigkeiten aus diesem Vertrage sind dem Vertrauensmann zu unterbreiten, der darüber nach

mündlicher Verhandlung mit den Parteien entscheidet. Fühlt sich durch die Entscheidung der eine oder andere Teil beschwert, so steht ihm binnen 14 Tagen, vom Tage des Empfangs der Entscheidung an das Recht zu, richterliche Entscheidung beim Landgericht I Berlin, Kammer für Handelssachen, anzurufen. Bis die richterliche Entscheidung ergangen ist, behält aber die Entscheidung des Vertrauensmannes Kraft.

Die Klägerin trat dieser Konvention im Jahre 1905 bei. Im Januar 1906 kündigte sie ihre Mitgliedschaft. Mit der bei dem LG. N. erhobenen Klage beantragte sie Feststellung, daß sie an die Verpflichtungen des Konventionsvertrages nicht mehr gebunden sei. Sie hat in Z. im Landgerichtsbezirke N. ihren Sitz. Sie hielt das LG. N. deshalb nach § 29 ZPO. für zuständig.

Die beklagte Konvention hielt der Klage entgegen, daß sie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes sei, der die Parteifähigkeit abgehe. Überdies machte sie die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts geltend, da das LG. I Berlin als zuständiges Gericht vereinbart sei.

Alle Instanzen wiesen die Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ab, das Revisionsgericht aus folgenden Gründen:

Allerdings hat das OLG. darin rechtlich geirrt, daß es glaubte, sich der Prüfung der Frage, ob Beklagte parteifähig ist, entziehen und schon wegen der auch von ihm angenommenen Unzuständigkeit des Gerichts die Berufung gegen das klageabweisende Urteil zurückweisen zu können. Bei einem Zusammentreffen der prozeßhindernden Einreden aus § 274 Nr. 1 und 5 ZPO. muß der Richter über die letztere zunächst entscheiden, ehe er zu einer Prüfung der ersteren gelangen kann. Ist die Einrede begründet, besitzt die Beklagte nicht die Parteifähigkeit, so kommt es auf die Frage, ob das zuständige Gericht angegangen ist, überhaupt nicht mehr an, mit anderen Worten: die Unzuständigkeit des Gerichts kann nur unter parteifähigen Streitteilen festgestellt werden.

Vgl. RGZ. 11, 96; 34, 396; JW. 1902 314 Nr. 22.

Nach § 56 ZPO. hat das Gericht den Mangel der Prozeßfähigkeit, auch abgesehen von der Geltendmachung durch die Partei, von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Vorschrift gilt, wie sich aus ihrer Stellung im ersten Buche der ZPO. unter den „allgemeinen Bestimmungen" ergibt, auch für das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz. Die Parteifähigkeit gehört zu denjenigen Prozeßvoraussetzungen, auf deren Vorhandensein die Parteien wirksam nicht verzichten können. Sie sind der Disposition der Parteien entzogen. Hieraus ergibt sich, daß auch das Revisionsgericht sich der Prüfung der Frage der Parteifähigkeit nicht entziehen kann, und zwar selbst dann nicht, wenn sie, wie im vorliegenden Falle, von den Parteien in der Revisionsinstanz nicht berührt wird.

Vgl. JW. 1898, S. 257 Nr. 2; 349 Nr. 5.

Im vorliegenden Falle ist der Senat in der Lage, auf Grund des in den Vorinstanzen vorgebrachten unstreitigen Materials die Parteifähigkeit der Beklagten ohne weiteres festzustellen. Die Kriterien, welche den nicht rechtsfähigen Verein von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unterscheiden, sind in dem Erkenntnis des VI. ZS. vom 2. 2. 05 erschöpfend dargestellt.

Vgl. RGZ. 60, 97 bis 100.

Hiernach besteht das Wesen des Vereins im Gegensatz zur Gesellschaft darin, daß die behufs Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu einer dauernden Verbindung zusammengetretenen physischen oder juristischen Personen dieser Verbindung eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben haben, die einen Gesamtnamen führt, und bei welcher ein Wechsel im Mitgliederstande nicht nur vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung stattfindet. Alle diese Kriterien sind nach dem vorliegenden Vertrag vom 7. 6. 1904 gegeben. Die damals beschlossene Vereinigung führt einen Gesamtnamen; sie hat eine korporative Organisation (§ 14); und ein Wechsel im Mitgliederbestande ist von vornherein durch die im Tatbestand wiedergegebenen Bestimmungen der §§ 6 und 26 des Vertrags vorgesehen; auch entspricht eine möglichst große Beteiligung der in Betracht kommenden deutschen Fabriken dem Zweck und Wesen der Vereinigung (vgl. § 1), die nur durch ein Zusammenwirken der Interessenten ihr Ziel erreichen kann.

Die Revision hat ihre Angriffe ausschließlich gegen die Annahme der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts und der gleichzeitigen Annahme eines vereinbarten ausschließlichen Gerichtsstandes beim LG. I zu Berlin gerichtet. Sie kann jedoch damit keinen Erfolg haben. Wenn Klägerin die Anwendung des § 25 des Vertrags schon deshalb für ausgeschlossen erachtet, weil er die vorherige Anrufung des Vertrauensmannes voraussetze, so erledigt sich dieser Angriff durch die Erwägung, daß Klägerin der aus der Vereinbarung des Gerichtsstandes für die Teilnehmer der Konvention sich ergebenden Verpflichtung sich nicht dadurch wirksam entziehen konnte, daß sie sich der in dem gleichen Paragraphen vorgesehenen weiteren Verpflichtung, vor Beschreitung des Rechtsweges die Entscheidung des Vertrauensmannes der Konvention anzurufen,

gleichfalls entzogen hat. Ebensowenig kann der Revisionsklägerin zugestimmt werden, wenn sie ausführt, es handle sich bei der von ihr anhängig gemachten Rechtsstreitigkeit überhaupt nicht um „eine Streitigkeit aus dem Vertrag" im Sinne des § 25; denn sie verlange ja von dem Vertrag loszukommen; sie verlange, daß ihre Kündigung des Vertrags als rechtswirksam anerkannt werde. In Wahrheit entnimmt die Klägerin die Gründe, auf welche sie ihre Berechtigung zur Kündigung des Vertrags stützt, gerade dem Vertragsverhältnis. Sie behauptet gerade, daß die Art und Weise, in welcher Beklagte den Vertrag zur Ausführung bringe, mit dem Vertrag und ihren vertraglichen Rechten im Widerspruch stehe. Die Frage, ob die Klägerin zur vorzeitigen Lösung des Vertrags berechtigt ist oder nicht, kann daher nur auf Grund des Vertrags entschieden werden. Sie ist recht eigentlich „eine Streitigkeit aus dem Vertrag." Endlich ist die Ausführung der Revision unbegründet, daß § 25, wenn er die Entsch. des Vertrauensmannes, als eines Organs der einen Partei vorsehe „gegen die guten Sitten" verstoße. Diese Erwägung würde im vorliegenden Falle nur dann zutreffend sein, wenn der Vertrauensmann nach dem Vertrage berufen wäre, endgültig das vor ihn gebrachte Streitverhältnis zu entscheiden und zwischen den Parteien wirklich „Recht zu sprechen." Die Bestimmung des § 25 ergibt aber gerade das Gegenteil. Die Entsch. des Vertrauensmannes ergeht nur vorbehaltlich der jedem der Streitteile freistehenden Anrufung des Rechtsweges. Er ist offenbar als eine Art Vergleichsbehörde innerhalb der Vereinigung gedacht. Zur Vorbeugung und Verhütung von Prozessen haben sich die Teilnehmer der Konvention verpflichtet, entstehende Streitigkeit zunächst der Entsch. dieses Gesellschaftsorganes zu unterbreiten. Wer sich durch dieselbe beschwert fühlt, kann binnen 14 Tagen vom Empfang der Entsch. an den Rechtsweg beschreiten. In dieser Bestimmung kann weder eine den guten Sitten widerstreitende einseitige Begünstigung der einen Vertragspartei, noch eine unzulässige Beschränkung der Bewegungsfreiheit der Kontrahenten erblickt werden.

Indem § 25 des Vertrags das LG. I Berlin als das für „Streitigkeiten aus diesem Vertrage" zuständige Gericht vorsieht, bestimmt er in einer nach §§ 38, 40 ZPO. zulässigen Weise für Klagen der vorliegenden Art einen ausschließlichen vereinbarten Gerichtsstand. Die bei dem Königl. Landgericht N. erhobene Klage ist daher von der Klägerin nicht bei demjenigen Gericht erhoben, dessen ausschließlicher Zuständigkeit sie sich durch ihren Beitritt zur Konvention rechtswirksam unterworfen hat.

* * *

Gesellschaften m. b. H. 1) Die Vorschrift des § 11 des G. betr. die Gesellschaften m. b. H., wonach diejenigen, die vor der Eintragung der Gesellschaft in deren Namen handeln, persönlich und solidarisch haften, ist davon, ob dem andern Vertragsteile die Nichteintragung bekannt war oder nicht, unabhängig. 2) Die Anwendung des § 11 kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit dem anderen Vertragsteile ausgeschlossen werden. 3) Die bloße Tatsache der Genehmigung des Geschäfts durch die Gesellschaft beendigt die Haftung nicht.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 4. Dez. 1906. 206. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Revisionskläger greift das Berufungsurteil nur mit der Begründung an, seine Haftpflicht aus § 11 Abs. 2 des G. betr. die Gesellschaften m. b. H. sei zu unrecht angenommen worden und zwar sowohl deswegen, weil die Klägerin bei dem Vertragsabschlusse gewußt habe, daß die Gesellschaft noch nicht in das Handelsregister eingetragen gewesen sei, als auch aus dem Grunde, weil die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister den in ihrem Namen geschlossenen Vertrag genehmigt und dessen Erfüllung verlangt habe. In beiden Richtungen ist der Angriff nicht gerechtfertigt. Der § 11 Abs. 2 a. a. O., wonach diejenigen, die vor der Eintragung der Gesellschaft in deren Namen handeln, persönlich und solidarisch haften, enthält eine Sondervorschrift, die nicht aus dem Gesichtspunkte der mangelnden Vertretungsmacht anzusehen ist und auch nicht eine bloße Gewährleistungspflicht begründen will; sie soll vielmehr verhüten, daß vor der Eintragung der Gesellschaft namens derselben gehandelt wird. Nach diesem Grunde und Zwecke der Vorschrift ist aber die Haftpflicht der Handelnden unabhängig davon, ob dem anderen Vertragsteile die Nichteintragung der Gesellschaft bekannt war oder nicht. Allerdings enthält der § 11 Abs. 2 nicht zwingendes Recht; vielmehr kann bei einem Vertrage der in Rede stehenden Art die persönliche Haftung des für die Gesellschaft Handelnden durch eine Vereinbarung mit dem Dritten ausgeschlossen werden, sei es in der Weise, daß beim Nichtentstehen der Gesellschaft der Vertrag überhaupt hinfällig werden soll, oder in der Weise, daß wenigstens beim Entstehen der Gesellschaft oder im Falle ihrer Genehmigung des Geschäfts die persönliche Haftung wegfallen soll. Auch ist selbstredend eine Entlassung aus der Haftung (§ 397 des BGB.) oder eine Befreiung durch Schuldübernahme (§ 414 des BGB.) zulässig. Wenn nun auch dem Revisionskläger zugegeben werden mag, daß eine dahingehende aus den Umständen des Falles mit Sicherheit zu ent-

nehmende stillschweigende Vereinbarung nicht ausgeschlossen ist, so reicht doch weder die Kenntnis des Dritten von der Nichteintragung der Gesellschaft noch die bloße Tatsache einer Genehmigung des Geschäfts seitens der Gesellschaft ohne weiteres hin, um die gesetzliche Haftung der Handelnden auszuschließen oder zu beendigen. Denn der Dritte kann gerade im Vertrauen auf die gesetzliche Haftung des Handelnden mit diesem trotz seiner Kenntnis von der Nichteintragung der Gesellschaft auf den Vertragsabschluß sich eingelassen haben. Anderseits ist die bloße Genehmigung des Geschäfts seitens der Gesellschaft nach dem angeführten Zwecke des § 11 Abs. 2 nicht als ein Rechtsgrund für das Erlöschen der gesetzlich begründeten Haftung des Handelnden anzusehen. In gleichem Sinne ist denn auch bereits von dem VII. ZivSen. und von dem I. ZivSen. des RG. entschieden worden. (RG. 47, 1 und JW. 7, 295.) Der Beklagte hat nun eine ausdrückliche Ausschließung seiner Haftung unter Eideszuschiebung behauptet. Auf diesen Eid ist von dem Berufungsgerichte zutreffend erkannt. Dagegen war eine stillschweigende Vereinbarung der fraglichen Art von dem Beklagten in der Vorinstanz nicht behauptet und für eine Entlassung aus seiner Haftung nichts weiter als die bloße Tatsache der Genehmigung und Vollziehung des Vertrags seitens der Gesellschaft angeführt, die für sich allein nach dem Ausgeführten hierzu nicht ausreicht.

* * *

Aus dem Bestehen eines Handelsgebrauchs, wonach die Untersuchung der Ware nicht am Ablieferungsort, sondern erst am Bestimmungsort zu geschehen hat, ist, von besonderen Umständen abgesehen, nicht ein Einverständnis des Verkäufers mit einer entsprechenden Verlängerung der nach § 477 HGB. an der Ablieferung der Ware ablaufenden Verjährungsfrist des Wandelungsanspruchs zu folgern.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 4. Jan. 1907. 286. 06.

Eine englische Firma hatte eine Partie prima Bretter von Wallnußholz an eine in einer Stadt am Rhein angesessene deutsche Firma cif Rotterdam verkauft. Am 5. Dez. 1903 kam die Ware in Rotterdam an und wurde sofort vom Seeschiff in ein von der Käuferin gestelltes Rheinschiff umgeladen, wegen Eisgangs erfolgte die Ankunft des Schiffes in Mannheim erst am 2. Februar 1904. Bei der sofort vorgenommenen Untersuchung gewann die Käuferin die Ansicht, daß die Bretter nicht prima Qualität seien und erstattete am 4. Februar die Mängelanzeige. Sie klagte darauf gegen die Verkäuferin auf Wandelung und begehrte, daß diese zur Rücknahme der Bretter und Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises verurteilt werde. Die Beklagte wendete Verspätung der Mängelanzeige und Verjährung der Klage ein. Der erste Richter wies die Klage ab, der Berufungsrichter dagegen verurteilte die Beklagte nach dem Klagantrage. Das Revisionsgericht stellt aus folgenden Gründen das erste Urteil wieder her:

Rechtlich einwandfrei und nicht angefochten ist die Ausführung des Berufungsgerichts, auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag sei das deutsche Recht anwendbar und die gelieferten Bretter hätten nicht die zugesicherte Eigenschaft der prima Ware gehabt. Bezüglich der Streitfrage, ob rechtzeitig die vertragswidrige Beschaffenheit der Ware gerügt und rechtzeitig geklagt sei, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß, wenn rechtzeitig gerügt sei, auch rechtzeitig geklagt sei. Sodann hat es erwogen, die Entscheidung der Frage hänge davon ab, ob Rotterdam oder Mannheim als Ablieferungsort der Bretter zu gelten hätte. Im ersteren Falle seien Rüge und Klage verspätet, im letzteren Falle hingegen seien beide Akte rechtzeitig vorgenommen, da die Rüge schon am zweiten Tage nach Ankunft der Ware in Mannheim, also unverzüglich, abgesandt und die Klage am 2. 8. 04 zugestellt worden sei. Aus der Korrespondenz lasse sich für die Beurteilung der Frage nichts Schlüssiges entnehmen. Dagegen erscheine nachgewiesen, daß im überseeischen Holzhandel am Rhein schon zur Zeit des streitigen Vertrages ein Handelsgebrauch bestanden habe, nach dem die ankommenden Hölzer auf ihre Qualität, Seeschaden ausgenommen, nicht schon im Seehafen, sondern erst am Bestimmungsort im Binnenlande untersucht zu werden brauchen. Nach dem Sachverständigengutachten habe der Handelsgebrauch seinen Grund darin, daß man wegen der geringen Ausladezeiten der anbringenden Dampfer und wegen der hohen Kosten der Lagerung der Ware auf Kai dieselbe nicht im Seehafen untersuchen könne, und er gelte überall, wo in Rotterdam Ware nicht auf Kai, sondern in ein Rheinschiff eingeladen würde. An diesen Handelsgebrauch sei die Beklagte gebunden, auch wenn sie ihn nicht gekannt hätte. Unerheblich sei es, ob sie den Bestimmungsort der Ware gekannt habe. Da sie gewußt habe, daß der Sitz der Klägerin in C. sei, so habe es sich für sie von selbst verstanden, daß die Bretter, wie geschehen, in einem Rheinhafen zur Löschung gelangen würden. Die Revisionsklägerin rügt, zu Unrecht habe das Berufungsgericht die Mängelanzeige als rechtzeitig angesehen und die Einrede der Verjährung zurückgewiesen. Die Rüge erscheint insoweit gerechtfertigt, als sie die Verjährung

der Klage betrifft. Nach § 477 des BGB. verjährt der Anspruch auf Wandelung bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung. Die Verjährungsfrist kann allerdings durch Vertrag verlängert werden. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, die Klage sei verjährt, wenn Rotterdam als Ablieferungsort zu gelten hätte. Dies ist aber der Fall. Denn nach dem feststehenden Sachverhalte hatte die Beklagte die Ware cif Rotterdam zu liefern und in Rotterdam hat die Klägerin sie in einen von ihr selbst gestellten Schiffsraum im Schiffe „Arminius" verladen und rheinaufwärts schaffen lassen. Somit hat die Klägerin bereits in Rotterdam die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware erlangt und auch ausgeübt. Hiernach war Rotterdam Ablieferungsort, weil dort die Ablieferung sich vollzog. Die Ablieferung ist ein tatsächlicher Vorgang, der nicht an einen anderen Ort verlegt werden kann, als wo er sich vollzogen hat. Regelmäßig hat an dem Ablieferungsorte auch die Untersuchung der Ware stattzufinden. Es kann aber ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart und wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, auch durch Handelsgebrauch (§ 346 des HGB.) bestimmt werden, daß die Untersuchung der Ware nicht da, wo abgeliefert wurde, sondern an einem Orte, an den die Ware erst später gelangt, insbesondere an dem Bestimmungsorte vorzunehmen sei, so daß die aus § 377 des HGB. sich ergebende Anzeigefrist entsprechend verlängert wird. Hierdurch wird jedoch an dem Ablieferungsorte nichts geändert. Auch ist aus dem Bestehen eines solchen Handelsgebrauchs, von besonderen Umständen abgesehen, nicht ein Einverständnis des Verkäufers mit einer entsprechenden Verlängerung der Verjährungsfrist zu folgern. Besondere Umstände, welche für eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist sprechen, liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Es ist daher unzutreffend und beruht auf einer Verletzung des § 477 des BGB., wenn das Berufungsgericht in seiner Entscheidung davon ausgeht, daß, wenn die Frist für die Mängelanzeige gewahrt sei, auch die Klage rechtzeitig angestellt sei. Vielmehr war die Klage zur Zeit ihrer Erhebung beeits verjährt, da die Ablieferung der Ware bereits am 5. Dez. 1903 stattgefunden hatte. Hiernach war das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung gegen das Urteil I. Instanz, wodurch die Klage abgewiesen worden, zurückzuweisen.

Aus der Praxis des Handelsregistergerichts.

Ist der Registerrichter bezw. das instanzmäßig übergeordnete Landgericht befugt, gegen eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, weil deren Personen-Firma eine erschlichene, bezw. gegen das Wettbewerbsgesetz verstößt, das Verfahren auf Löschung der Firma zu eröffnen?

§ 4 Gesetz betr. G. m. b. H. §§ 142, 143 ReichsfreiwGei.

In der Firma einer G. m. b. H., welche als Personen-Firma in der Satzung angenommen und ebenso zur Eintragung gelangt war, figurierten die Namen zweier Gesellschafter, die nach dem Vorbringen des Antragsstellers, der die Löschung herbeigeführt sehn will, lediglich als Strohmänner bei der Gesellschaftsgründung beteiligt sein sollten, um der Gesellschaft die angenommene Firma mit ihren berühmt klingenden französischen Namen zu ermöglichen, welche denjenigen einer altrenommierten französischen Firma genau entsprachen. Der Registerrichter lehnte das Löschungsverfahren ab, weil das Löschungsverfahren aus §§ 142, 143 RFG. bei korporativen Handelsgesellschaften, wie der G. m. b. H. durch § 144 a. a. O. auf den Fall der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage gemäß §§ 75, 76 G. betr. die G. m. b. H. eingeschränkt sei.

Diese Ansicht erscheint unzutreffend und verkennt die angezogenen Vorschriften einer- und die rechtspolizeiliche Stellung des Registergerichts gegenüber unbefugten Firmenführung anderseits. Allerdings findet sie im Komm. von Staub-Hachenburg 2. Aufl. S. 35, A. 21 scheinbar eine Stütze. Dort ist — im Zusammenhang mit der Erörterung des Einflusses der Unwirksamkeit der Beitrittserklärung eines Gesellschafters auf die erfolgte Eintragung desselben — ausgeführt, daß eine Löschung von Amtswegen bezüglich der G. m. b. H. nur in den Fällen erfolgen dürfe, wenn eine Nichtigkeitsklage möglich sei. Die abweichende, bereits vom KG. in E. Zusst. RJA. 4, 165 verteidigte und aus der Entstehungsgeschichte der in Frage kommenden Normen gerechtfertigte Ansicht ist nicht widerlegt; übersehen ist aber, daß bei § 144 die Offizial-Löschung der Gesellschaft als solcher wegen deren Nichtigkeit in Frage steht, nicht die Löschung der Firma, deren Mangelhaftigkeit nach § 76 G. betr. die G. m. b. H. durch Gesellschaftsbeschluß beseitigt werden kann, worauf eben im Verfahren aus § 142, 3 RFG. nur durch letzteres hingewirkt werden kann. Es reimt sich aber vollends jene Ansicht durchaus nicht mit den auch für § 4 Ges. betr. G. m. b. H. maßgebenden firmenrechtlichen Normen des HGB. und des Wettbewerbsgesetzes; dieselbe führte zu einer nirgends gegebenen Privilegirung der G. m. b. H. zum Einbruch in fremdes Firmenrecht, zu unlauterm Wettbewerb durch Schein-Firmenbildung

und zur Emanzipierung von dem Prinzip der Firmenwahrheit, das als solches im § 4 a. a. O. festgehalten ist.

Bei der vorstehend bekämpften Ansicht läuft ien Grund-Irrtum über die Bedeutung der §§ 142—144 FFG. unter. Diese regeln die Befugnis der Gerichte zum Offizialeinschreiten wegen Mangel einer wesentlichen Voraussetzung von Eintragungen, welche diese unzulässig machen oder als gegen zwingende Vorschriften verstoßend erscheinen lassen: vgl. E. OLG. Hamburg i RJA. Zusst. 7, 243. Sie haben aber mit der Erzwingung der Löschung von Eintragungen, die Rechte Dritter kränken, auf Betreiben dieser Interessenten Nichts zu tun und wollen deren Rechte i. S. § 37 Abs. 1 HGB, § 8 WettbGes. nicht treffen — jedenfalls nicht verkümmern.

Berlin. Landgerichtsrat Dr. Marcus.

Literatur.

Berolzheimer, Dr. Fritz: System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie. IV Bd. Philosophie des Vermögens einschl. des Handelsverkehrs. München 1907. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. X, 333 S. gr. 8° geh. 8 Mk.

Der praktische Verstand, als Schöpfer der wirtschaftlichen Kultur, hat auch zur Begründung der Rechts- und Gesellschaftsordnung hingeführt, soweit das Wirtschaftsleben darauf bestimmend eingewirkt hat. Mit Zunahme der Entwickelung macht sich dann allerdings auch der Einfluß sittlicher Ideen geltend. Für die Bestrebungen um wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts- und Wirtschaftslebens ergibt sich daraus die Notwendigkeit neben der entwickelungsgeschichtlichen Betrachtung die Rechts- und Wirtschaftsgebilde in ihrem gegenseitigen Einfluß darzustellen, jedes Rechtsinstitut auf seine wirtschaftliche Funktion, — außerdem aber auch auf seine sozialethische Bedeutung zu untersuchen. Damit ist jedem naturrechtlichen Apriorismus wissenschaftlich der Abschied gegeben. Auf diesen unzweifelhaft richtigen Grundgedanken baut der Verfasser des angezeigten Buches seine Philosophie des Vermögens- und Privatrechts auf, indem er im Goetheschen Sinne von Problemen zu Postulaten zu gelangen sucht. Ob und inwieweit ihm im Einzelnen beizustimmen, das entscheidet nicht über den Wert der Arbeit. Dieselbe zeichnet sich durch Fülle der Gedanken, durch volle Herrschaft über den Stoff und überaus reiche Literaturnachweise sowohl auf juristischem, als auch nationalökonomischem Gebiete aus. Auf dem Vermögen baut sich nach der Darlegung des Verfassers die Wirtschaft auf. Unter diesem Gesichtspunkt konstruiert er stets unter Berücksichtigung der Entwickelungsgeschichte der einzelnen Institute deren Grundgedanken, das Eigentum und die dinglichen Rechte, Vertrags- und Schuldrecht, Familien- und Erbrechte. Im Rahmen dieser Zeitschrift betrachtet gewinnen die Darlegungen des 2. Buches (S. 221—329), den Handel betr., ein besonderes Interesse. An keiner der die Gegenwart bewegenden Ideen wird hier vorübergegangen, ohne sie auf ihren Wert, ihre Berechtigung zu prüfen, das pro und contra zu beleuchten; zu den Ansichten der Autoren wird Stellung genommen mit beifallswerter Selbständigkeit bei den Antworten hinsichtlich der Fragen über das Wesen der juristischen Personen, der offenen Handelsgesellschaften, der sog. Immaterialgüterrechte (80—87). Hinsichtlich der letzteren folgt der Verfasser zutreffend den Ideen Kohler's, des viel zu wenig in seinen großen Verdiensten um Rechtserkenntnis von der Praxis gewürdigten, unermüdlichen Pfadfinders der Wissenschaft. Von den Ausführungen des Verfassers seien die Börsengesetzreform, sowie die Reform des Aktienrechts betreffenden hervorgehoben: S. 261—269, 297—306. Leider verbietet der Raum für diese Anzeige ein Eingehen auf die Ansichten des Verfassers und eine Auseinandersetzung mit jenen im Einzelnen. Von der Organisation des Eigenschutzes der Aktionäre, als bestes Schutzmittel der Selbsthilfe, von der Stärkung der tätigen Mitwirkung der Aktionäre am Leben der Aktiengesellschaften ist jedenfalls mehr Heil zu erwarten, als von allen Reformen des Aufsichtsrats, um die in so vielen Vorschlägen gemüht wird.

Wir empfehlen das Buch von Berolzheimer allen den Juristen und Nationalökonomen, die über die Pflichten des Tages hinaus zur gesammelten Prüfung der Fülle von Problemen geneigt sind, welche unsere moderne Kultur auf dem Gebiete von Wirtschaft und Recht täglich neu gebiert, als anregenden, informierenden Führer.

Berlin. Dr. Marcus.

* * *

S. Goldmann, Justizrat, Rechtsanwalt in Berlin: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 erläutert mit Auslassung des Seerechts. 3 Bände XXVII, 1834 S.

Bereits in der Nummer 1 dieser Zeitschrift vom 14. Januar 1905 (Bd. 14 S. 80ff.) konnte ich auf die 7 ersten Lieferungen des groß angelegten

Goldmann'schen Kommentars hinweisen und nach den vorliegenden Proben die Überzeugung aussprechen, daß der Verfasser sein Ziel, „einen auf wissenschaftlicher Grundlage ruhenden, überall aber die Bedürfnisse der Praxis berücksichtigenden Kommentar zum neuen Handelsgesetzbuch auszuarbeiten", auch erreichen werde.

Diese Überzeugung hat sich, nachdem das bereits im Jahre 1901 begonnene Werk nunmehr in 3 Bänden abgeschlossen vorliegt in vollem Umfange als richtig bestätigt. Die Methode der Darstellung, wie ich sie bereits früher geschildert, hat der Verfasser auch im weiteren Verlauf der Darstellung überall beibehalten.

Literatur und Rechtsprechung sind in weitgehender Weise berücksichtigt und insbesondere hat der Verfasser die Judikatur des Reichsgerichts überall mitgeteilt. Eigenartig gegenüber der meist gegenwärtig herrschenden Methode, aus den Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in der Regel nur einen einzelnen Satz mitzuteilen, ist in dieser Hinsicht das von dem Verfasser vielfach beobachtete Verfahren, das sich namentlich für die von ihm verfolgten praktischen Zwecke als sehr empfehlenswert erweist. Der Verfasser hat nämlich in einer Reihe von Fällen (s. z. B. S. 327 ff., 1402 ff.) eine größere Anzahl von Entscheidungen des Reichsgericht unter Mitteilung eines kurzen Tatbestandes mit den wesentlichsten Entscheidungsgründen wiedergegeben und es dadurch dem Leser in dankenswerter Weise ermöglicht, selbst ohne Weiteres nachprüfen zu können, ob die mitgeteilten Urteile die vom Verfasser aufgestellten Behauptungen unterstützen. Dadurch wird dem Leser einerseits das Zurückgehen auf die Sammlungen der amtlichen Entscheidungen vielfach erspart und andererseits eine interessante Zusammenstellung von praktischen Fällen gegeben, in denen ein bestimmter Rechtsgrundsatz zur Anwendung gelangt ist.

Auch das dem Buche bereits bei der früheren Besprechung gespendete Lob, der Kommentar erweise sich dadurch als besonders wertvoll, daß überall die Vorschriften des BGB. und aller sonstigen irgendwie für das Handelsrecht in Betracht kommenden Vorschriften auf das Eingehendste berücksichtigt sind, kann auch dem fertigen Werke gegenüber in vollem Umfange aufrecht erhalten werden. Mit Recht weist der Verfasser selbst in dem Vorworte zum 3. Bande in dieser Hinsicht auf seine Erläuterungen der §§ 348—350, 352—358, 359, 366, 368, 369 und 373 HGB. hin.

Besonders wertvolle Erläuterungen enthalten auch die Anmerkungen 31—168 zum § 348, in welchen in alphabetischer Reihenfolge eine große Anzahl der im Handelsverkehr gebräuchlichsten Geschäftsklauseln mitgeteilt und deren Bedeutung erörtert wird.

Um nun auf Einzelheiten einzugehen, so sei folgendes hervorgehoben:

1) Wenn der Verfasser (1093, Anm. 16) den Satz aufstellt: „Demzufolge kann es als richtig nicht anerkannt werden, wenn das Pr. OVG. in ständiger Rechtsprechung das Agioerträgnis zu dem steuerpflichtigen Einkommen rechnet", und wenn der Verfasser sich zur Begründung seiner Ansicht auf Simon, Staub, Pinner und Ring beruft, so ist es zwar sachlich belanglos, daß er meiner Ausführungen in dieser Z. (1, 28 ff.; 2, 397 ff.; 4, 33 ff.; und 6, 145 ff.) keine Erwähnung getan, obwohl ich als Erster die Steuerpflichtigkeit des Agios verneint und die gegenteilige Ansicht des OVG. bekämpft habe. Dagegen liegt ein materieller Irrtum des Verfassers insofern vor, als ihm entgangen ist, daß das OVG. bereits durch die Plenarentscheidung vom 21. 6. 02. und die auf dieser fußende Entscheidung des 5. Senats des OVG. vom 25. 6. 02. (Entsch. in Staatssteuersachen 10, 214) seinen früheren Standpunkt aufgegeben und die Steuerpflichtigkeit des Agiogewinns verneint hat.

2) In den Erläuterungen zu § 355 HGB. (über das Kontokurrentverhältnis) hat der Verfasser auch die Differenz- und Börsentermingeschäfte behandelt, leider sich aber darauf beschränkt, die Ansichten wiederzugeben, die das RG. in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, ohne daß er seinerseits diese Ansichten kritisch geprüft oder auch nur zum Ausdruck gebracht hätte, ob und inwieweit er sie teilt.

3) Dasselbe gilt von der vom Verfasser (in Nr. 92 ff. zu § 373 und Nr. 3 zu § 381 HGB.) erörterten Frage, inwieweit die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB., 377, 378 HGB. auch auf Wertpapiere und insbesondere auf Inhaberpapiere Anwendung finden. Auch hier gibt der Verfasser lediglich die Rechtsprechung des 1. Zivilsenats des Reichsgerichts wieder, die dahin geht, daß bei einem Wert- und insbesondere auch bei einem Inhaberpapier zwischen der Urkunde und dem darin verbrieften „Rechte" zu unterscheiden sei, und daß auf dies in der Urkunde verbriefte Recht die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. nicht Platz greifen, vielmehr insofern lediglich die Vorschriften der §§ 437, 438 BGB. maßgebend seien.

Abgesehen davon, daß diese Ansicht, soweit sie sich auf Inhaberpapiere bezieht, bereits früher in einem Urteil des 1. ZivSen. des OLG. Cöln vom 14. 12. 04. (vgl. diese Z. 14, 2 ff.) mit beachtenswerten Gründen bekämpft worden ist — abgesehen davon hat neuestens auch der 2. ZivSen. des Reichsgerichts in einer Entsch. vom 13. 3. 06. (Puchelt's Z. 37, 585, insbesondere 589) die vom 1. ZivSen. des RG. vertretene Ansicht „in ihren Ergebnissen

auf den Kaufvertrag über Inhaberpapiere" für nicht unbedenklich erklärt.

Der Verfasser hätte deshalb, statt sich die Ausführungen des 1. ZivSen. des RG. ohne weitere Kritik anzueignen, hier in eine selbständige Prüfung der, wie zuzugeben, sehr schwierigen und verwickelten Frage eintreten sollen und müssen.

4) In der bekannten Streitfrage, ob das Kommissionsgeschäft als ein Dienst- oder als ein Werkvertrag aufzufassen sei, hat der Verfasser (Nr. 17 zu § 383, sich der in der Denkschrift zum HGB. 232, 233) ausgesprochenen Ansicht angeschlossen, wonach das Kommissionsgeschäft als ein Dienstvertrag aufzufassen ist. Diese Auffassung steht mit der herrschenden Ansicht (vgl. Düringer-Hachenburg, Vorbm. II, 1 vor § 383 HGB. und die dort zitierten Schriftsteller) in Widerspruch und erscheint auch bei näherer Betrachtung unhaltbar. Denn einmal ist, worauf schon anderweit hingewiesen wurde, diese Ansicht mit der Vorschrift des § 396 HGB. nicht zu vereinigen, wonach nicht die Dienstleistung als solche, sondern lediglich der Erfolg vergütet wird; sodann aber sind auch eine Reihe von Vorschriften über den Dienstvertrag auf das Kommissionsgeschäft schlechterdings unanwendbar, so z. B. die Vorschrift des § 613 Abs. 2 BGB. wonach „der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist", während doch nicht abzusehen, weshalb der Kommittent seine Rechte aus dem Kommissionsvertrage nicht auf einen Dritten übertragen könnte; ferner die Vorschrift des § 627 über die Art der Aufkündigung.

Es entspricht aber auch nicht der wirtschaftlichen Sachlage und noch weniger dem Sprachgebrauch, wenn man z. B. bei einem Kommissionsgeschäft zwischen dem Bankier und seinem Kunden den letzteren als Dienstberechtigten, den ersteren als den Diener oder Dienstverpflichteten bezeichnen wollte. Mit Recht wird deshalb diese Ansicht von der Mehrheit der Schriftsteller abgelehnt.

Aber auch der herrschenden Meinung, welche den Kommissionsvertrag als einen „Werkvertrag" bezeichnet, kann nicht beigepflichtet werden.

Man erblickt nämlich in dem Kommissionsgeschäft einen „Werkvertrag im Sinne des § 675 BGB." d. h. einen solchen, der „eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat."

In Wirklichkeit erweist aber gerade § 675 BGB. selbst, daß der „Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat", gar kein „Werkvertrag" im Rechtssinne ist: nicht etwa deshalb, weil seiner lediglich in dem 10. von dem „Auftrag" handelnden Titel Erwähnung geschieht, sondern viel mehr deshalb, weil nach § 675 alle wesentlichen Vorschriften über den „Auftrag" auf einen derartigen „Werkvertrag" Anwendung finden, so daß dieser seiner juristischen Natur nach (trotz der Entgeltlichkeit) eine besondere Art des „Auftrags" und nicht „Werkvertrag" ist. Aber selbst wenn man diesen sog. „Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat", unter Umständen als einen wirklichen „Werkvertrag" im Sinne des 7. Titels (§§ 631 ff.) charakterisieren könnte, wie etwa eine Tätigkeit, die lediglich auf die Herbeiführung eines „wirtschaftlichen Erfolges" gerichtet ist, beispielsweise einen „Frachtvertrag", so versagt doch diese Charakteristik bei solchen Verträgen, die nicht sowohl einen wirtschaftlichen Erfolg, als vielmehr die Herbeiführung eines rein rechtsgeschäftlichen Aktes zum Gegenstande haben, wie das Kommissionsgeschäft. Diese besondere Art der „Geschäftsbesorgung", wenn man hier von einer solchen überhaupt sprechen kann, weicht ganz erheblich von solchen Fällen ab, die man in der Regel unter § 675 BGB. zu subsumieren pflegt, wie z. B. die Tätigkeit des Rechtsanwalts, des Notars oder des Gerichtsvollziehers, die zwar Rechtsakte für den Geschäftsherrn zu besorgen, nicht aber Rechtsgeschäfte für ihn abzuschließen haben.

Soll übrigens die Behauptung, der Kommissionsvertrag sein ein Werkvertrag, irgend einen Inhalt und eine praktische Bedeutung und Tragweite haben, so müßten mindestens einzelne Vorschriften des 7. Titels des BGB. über den Werkvertrag auf das Kommissionsgeschäft anwendbar sein. Geht man nun die sämtlichen Bestimmungen der §§ 631—651 BGB. durch, so wird man schwerlich auch nur eine einzige nennen können, die auf das Kommissionsgeschäft auch nur entsprechende Anwendung finden könnte. Man nehme z. B. den § 644 BGB., dessen entsprechende Anwendung auf das Verhältnis des Einkaufskommissionärs zum Kommittenten die Folgerung ergeben würde, daß der Kommissionär (als Unternehmer) dann, wenn die gekaufte Ware vor der Ablieferung an den Kommittenten durch Zufall untergeht, (wenn z. B. das von dem Kommissionär gekaufte Tier vor der Übergabe an den Kommittenten eingeht), seinerseits den dadurch entstehenden Schaden zu tragen hätte. Das Gegenteil

ergibt sich aber aus § 390 HGB; auch wird allgemein (im Anschluß an die E. ROHG. 1, 84), so auch von Goldmann (Nr. 11 b zu § 384) gelehrt, daß die Transportgefahr des vom Kommissionär gekauften Gutes bei der Übersendung an den Kommittenten diesen trifft (Düringer-Hachenburg Note 3 d zu § 384; Lehmann-Ring Nr. 24; Staub Anm. 29 zu § 384).

Der Kommissionsvertrag ist nach alledem weder ein Dienst-, noch ein Werkvertrag, sondern ein Vertrag sui generis, wie dies auch schon die erste Sachverständigen-Kommission zur Beratung des neuen HGB. zutreffend hervorgehoben hat. Von dieser wurde nämlich (nach den Prot. 371, wie es bei Düringer-Hachenburg 3, 338 heißt) ausdrücklich betont, „daß sowohl der Rahmen des Dienst- als des Werkvertrages für das Kommissionsgeschäft zu eng sei." Die Aufgabe des Kommissionärs sei in gewissen Fällen eine höchst komplizierte, „die sich nicht in die Normen einer Vertragsart des BGB. pressen lasse."

Mit diesen Bemerkungen hat die Kommission m. E. das Richtige getroffen.

Das Kommissionsgeschäft war dem römischen Recht überhaupt unbekannt; es ist erst eine Schöpfung des neueren Handelsverkehrs und als solches frühestens im Mittelalter entstanden (vgl. Goldschmidt: Universalgeschichte des Handelsrechts 1891 331 und die das. Anm. 107 zit. Schriftsteller). Erst die wirtschaftliche Ausgestaltung des Handels im Mittelalter hat sich der Form des Kommissionsgeschäfts bedient; schon deshalb ist es unmöglich und juristisch verfehlt, dieses neue wirtschaftliche Gebilde unter Rechtsregeln pressen zu wollen, die für ganz andere wirtschaftliche Verhältnisse ausgebildet sind; das heißt den wirtschaftlichen Verhältnissen und den juristischen Gedanken gerade zu Gewalt antun.

Ich erachte es als eine der wichtigsten Aufgaben der heutigen Rechtswissenschaft, diejenigen wirtschaftlichen Gebilde, welche der antiken Welt und insbesondere den Römern gänzlich unbekannt gewesen und die erst der neuzeitliche Verkehr hervorgetrieben hat, von den unnatürlichen Fesseln zu befreien, in welche die im Banne römischer Rechtsanschauungen befangene Rechtswissenschaft diese modernen Verkehrsinstitutionen schlagen will, indem sie ganz übersieht, daß jene römischen Rechtsgedanken auf den eigentümlichen wirtschaftlichen Verhältnissen der antiken Welt beruhen und demnach unmöglich auf solche wirtschaftliche Institutionen auch nur entsprechend angewendet werden können, die erst dem Verkehr des Mittelalters und der Neuzeit ihre Entstehung verdanken.

Cöln, Januar 1907. Neukamp.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

In den nächsten Tagen erscheint:

Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen

von **Richard Maatz**

Regierungsrat, Vorsitzender der Einkommensteuer-Veranlagungskommission des Stadtkreises Altona.

Vierte Auflage.

Preis etwa 5 M.

Allein das Erscheinen in vierter Auflage beweist, welchen Beifall sich das Buch in Kaufmannskreisen erworben hat. Es stellt sich keineswegs in die Reihe der zahlreichen Buchführungslehrbücher, sondern es greift eine, von diesen meist nur Unterrichtszwecken dienenden Werken nicht erörterte, für die Kaufmannswelt aber besonders wichtige Frage heraus, nämlich wie die kaufmännischen Bilanzen für die Steuerzwecke behandelt werden müssen. Nicht also an den jungen Lehrling, sondern an den Kreis der selbständigen Kaufleute wendet sich das Buch, das in seiner vierten Auflage allen Neuerungen und Fortschritten der Rechtslehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung gefolgt ist.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Goldheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 3. **Berlin, Sonnabend 9. März 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Das Erfinderrecht der Angestellten und seine Reform. Von Rechtsanwalt Dr. jur. Ludwig Wertheimer zu Frankfurt a. M. — Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht. II. Die Sanierung. Von Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin. — Zur Frage des § 1333 des österreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches. Von Hermann Freund in Wien. — Entscheidungen des Reichsgerichts: Patentrecht und Selbsthilfeverkauf. — Konkurrenzverbot. — Kauf auf Abruf. — Literatur: Besprechungen.

Das Erfinderrecht der Angestellten und seine Reform.

Von Rechtsanwalt **Dr. jur. Ludwig Wertheimer** zu Frankfurt a. M.

Die deutsche Industrie hat, wie auch in der dem Frankfurter Kongreß des deutschen Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums (1900) überreichten Denkschrift besonders hervorgehoben wurde, ihr Aufblühen zum größten Teil dem Patentgesetz zu verdanken. Denn auf den meisten Gebieten ist der Zusammenhang zwischen Patentschutz und industriellem Fortschritt ein so enger und bedeutungsvoller, daß unser gewerbliches Leben ohne Patent- und Gebrauchsmusterschutz nicht mehr denkbar wäre.*) Die gefürchtete Konkurrenzfähigkeit Deutschlands auf dem Weltmarkt beruht im Wesenlichen auf den patentierten Erzeugnissen seiner Industrie. Diese Patente werden erfahrungsgemäß aber, — daran kann kein Zweifel bestehen — zum größten Teil der Arbeit der angestellten Chemiker, Ingenieure und Techniker in erster Linie verdankt. Man kann nämlich drei Klassen von Erfindern unterscheiden.**) Zunächst die originellen Geister, die entdecken, die ohne äußeren Anstoß erfinden und der Technik neue Bahnen eröffnen; ich erinnere nur an Thomas und sein Entphosphorungsverfahren, an Wettherill und seine Erfindung der magnetischen Erzaufbereitung, an Nernst. Die Zahl dieser Erfinder ist naturgemäß eine beschränkte, nur in größeren Zwischenräumen treten sie auf. Den Gegensatz hierzu bildet die zweite Klasse: die Laienerfinder; die dritte und wichtigste Klasse der Erfinder aber setzt sich aus denjenigen zusammen, die das Patentamt kurz „Fachleute" nennt, die Techniker, Ingenieure aller Art, welche in dem Industriezweige, in dem sie arbeiten, gründliche Kenntnisse und ausgedehnte Erfahrung besitzen. Sie werden durch die Bedürfnisse ihres Faches, durch die Aufgaben, welche die nötige Ausgestaltung, die praktische Verwendung der Erfindungen der Großen ihnen stellen, zum Erfinden veranlaßt. So folgte beispielsweise dem Wetherillschen Patente, dem Patente der Merserierung der Baumwolle, eine wahre Flut von Patentanmeldungen, welche zum größten Teil nur Abänderungen der Arbeitsweisen, besondere Vorrichtungen und Maschinen zur Ausführung des Verfahrens betrafen. Diese Arten der Erfindung sind die häufigsten; sie sind es, welche die praktische, nutzbringende Verwertung der epochemachenden Erfindungen unserer Forscher erst ermöglichen. Nach Lage der Sache werden gerade Angestellte meistens ihre Urheber sein. Da taucht ganz von selbst die Frage auf: Trägt das deutsche Patentgesetz diesem Umstand Rechnung? Die Antwort hierauf muß leider verneinend ausfallen, denn das deutsche Patent- und Gebrauchsmustergesetz schützen nicht wie das Geschmacksmustergesetz den Urheber*), sondern nur die objektive Erfindung; sie lassen die Urheberschaft unberücksichtigt. Es wird daher nach

*) Näher ausgeführt in meinem Aufsatz: Der Patentschutz und die deutsche Industrie. (Nation 1902, 630.)

**) Vergl.: A du Bois-Reymond: Erfindung und Erfinder 1906, 162.

*) § 2 des Geschmacksmustergesetzes stellt die Vermutung auf, daß der Anmelder auch der Urheber des Geschmacksmusters sei.

deutschem Recht nicht dem Erfinder, sondern dem ersten Anmelder der Anspruch auf die Erteilung des Patents resp. des Gebrauchsmusters gewährt. So bleibt der wahre Erfinder im Dunkel. Seinen Namen kündet das Schutzrecht in allen den Fällen nicht, in denen der Anspruch auf Erteilung desselben, sei es kraft Gesetzes oder Vertrags von einem Anderen geltend gemacht wird. Meiner sicherlich eher zu niederen, als zu hohen Schätzung nach sind etwa 40% aller deutschen Patente nicht dem wahren Erfinder erteilt. Diese Schätzung findet leider eine sehr beweiskräftige Stütze in einer kürzlich veröffentlichten statistischen Aufstellung über die Patentanmeldungen von Firmen (d. h. Gesellschaften, Teilhaber- und Doppelfirmen) und Einzel-Anmelder aus dem Jahre 1903. Betrachtet man da die Patentklassen, in denen bekanntermaßen der Großbetrieb vorherrschend ist, so ergibt sich ein Resultat, das zu denken gibt.

So finden sich z. B.

in Klasse 12 „Chemische Verfahren und Apparate" 61% Firmen- und 39% Einzel-Anmeldungen.

in Klasse 21 „Elektrotechnik" 59,02% Firmen- und 40,08% Einzel-Anmeldungen.

in Klasse 22 „Farben" 2c. sogar 70,03% Firmen- und nur 29,07% Einzel-Anmeldungen.

Man kann ruhig sagen, daß der von den „Firmen" nachgesuchte Patentschutz zum allergrößten Teil Erfindungen zum Gegenstand hat, die von Angestellten gemacht worden sind. Denn die Vorstände der betreffenden Gesellschaften, die Inhaber der Firmen K., Gruson & Co. 2c. werden selbst keine oder doch sehr wenige der von ihnen zur Patentierung angemeldeten Erfindungen gemacht haben. In fast allen diesen Fällen zieht aber der wahre Erfinder keinen Nutzen aus seiner Erfindung. Denn die Rechtslage des Angestellten, welcher eine Erfindung gemacht hat, ist augenblicklich bei uns in Deutschland — falls nicht eine vertragsmäßige Regelung dieser Verhältnisse erfolgt ist — eine durchaus unklare und deshalb unsichere, so daß der Angestellte, welcher sich seine Erfindung resp. den Genuß derselben sichern will, den Prozeßweg beschreiten muß. Die dadurch bedingten Unzuträglichkeiten, wie Zeitverlust, Aufregungen, Kosten u. a. m. brauche ich hier nicht besonders zu schildern; das ist ihnen bekannt. Dem eigentlichen Urheber bringt seine Erfindung auf diese Weise meistens weder einen materiellen noch nach einen idealen Erfolg! Die Erträgnisse derselben fließen nicht in seine Tasche und, da das Patent nicht seinen Namen trägt, flicht auch die Mitwelt ihm keine Kränze. Diese unbestreibare Tatsache läßt die so gepriesene Förderung der Industrie durch den Patentschutz vom moralischen Standpunkte aus in dieser Hinsicht nicht im besten Lichte erscheinen; sie läßt weiter erkennen, daß der s. Zt. so rühmend hervorgehobene sozialethische Vorzug des Patentwesens: Schutz der Arbeiter gegenüberdem Kapital, wenigstens für das deutsche Recht nur in sehr beschränktem Maße Geltung hat.

Man kann sich daher nicht wundern, daß aus allen diesen Gründen in weiten Kreisen der technischen Angestellten eine tiefgehende Mißstimmung über die rechtliche Behandlung ihrer Erfinderrechte herrscht; genährt wird diese durch das Bewußtsein, daß die Angestellten häufig geradezu gezwungen sind, ein Engagement unter Bedingungen anzunehmen, die von vornhein sämtliche Rechte aus allen ihren Erfindungen den Geschäftsherrn gewähren. Denn durch die Überfüllung in den technischen Berufen ist bei offenen Stellen meist ein solches Überangebot von Bewerbern vorhanden, daß man, um eine halbwegs standesgemäße Existenzmöglichkeit zu gewinnen, die von dem Prinzipal diktierten Bedingungen annimmt.

Diese Mißstände werden um so lebhafter empfunden, als in anderen Staaten diese Frage eine gesetzliche Regelung gefunden hat, während unser heimisches Recht, wie bereits erwähnt, hierüber schweigt.

Ich will zunächst die ausländischen Gesetzgebungen kurz erörtern,*) um dann den Rechtszustand in Deutschland und die daran sich anknüpfenden Reformbestrebungen zu schildern. Gesetzgeberisch ist die Frage in Österreich, Ungarn, Dänemark, Finnland gelöst, wie auch in Großbritanien, den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Frankreich.

An der Spitze steht Österreich, das in seinem Patentgesetz eine Bestimmung von überraschender Kühnheit und Freiheit des Blickes, von großem Verständnis für die soziale Lage des Erfinders und großer gesetzgeberischer Weisheit**) gegeben hat. Denn nach § 4 des österreichischen Patentgesetzes wird nur dem Urheber der Erfindung oder dessen Rechtsnachfolger der Anspruch auf Erteilung eines Patentes gewährt. Folgerichtig wird dann in § 5 Abs. 3 bestimmt:

> „Arbeiter, Angestellte, Staatsbedienstete gelten als Urheber der von ihnen im Dienste gemachten Erfindungen, wenn nicht durch Vertrag oder Dienstvorschrift etwas anders bestimmt wird."

Dann wird erklärt, daß Vertrags- oder Dienstbestimmungen, durch welche einem in einem Gewerbe-Unternehmen Angestellten oder Bediensteten die angemessenen Nutzungen aus den von ihnen im Dienste gemachten Erfindungen entzogen werden sollen, ohne rechtliche Wirkung sind. Der angestellte Erfinder kann, falls der Dienstherr, dessen Erfindung zum Patente anmeldet, Einspruch erheben, mit der

*) Vergl. hierüber die Zusammenstellung bei Osterrieth Gutachten des 28. deutschen Juristentags 1906, 2, 199ff.

**) So Kohler: Handbuch des Patentrechts 235.

Begründung, daß der Dienstherr nicht als Urheber oder sein Rechtsnachfolger anzusehen sei. Ist das Patent aber dem Dienstherrn erteilt worden, so kann der Angestellte immer noch die Aberkennung des Patentes durchsetzen. Dies hat zur Folge, daß das Patent an sich bestehen bleibt, aber der bisher Berechtigte nicht mehr als Patentinhaber erscheint.

Auch das ungarische Gesetz stellt, wie das österreichische, das Recht des Angestellten über das des Dienstherrn, geht aber nicht so weit wie dieses. Das österreichische Gesetz gewährt, wie erwähnt, dem Angestellten, auch wenn er durch Vertrag dem Geschäftsherrn das Recht an der Erfindung übertragen hat, immer einen Anspruch auf angemessenen Lohn, während das ungarische Gesetz dem Angestellten bei Abschluß eines derartigen Vertrages keinen Anteil an dem Ergebnis der Erfindung zubilligt. Im Gegensatz zu diesen Gesetzbestimmungen regelt das finnländische Gesetz diese Frage; es weist grundsätzlich das Recht an den Erfindungen der Angestellten dem Geschäftsherrn zu. Hingegen herrscht in dem amerikanischen Gesetz wieder der Grundgedanke, daß grundsätzlich das Patent allein dem Erfinder zukommt Der Anmelder des Patentes muß wirklich erhärten, daß er der ursprüngliche und erste Erfinder oder Entdecker des zu patentierenden Gegenstandes zu sein glaubt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird nur für das Verhältnis von Dienstherrn und Angestellten gemacht. Das Recht an der Erfindung kann nämlich auf Grund einer besonderen Vereinbarung auf den Dienstherrn übergehen. Nur in diesem Falle hat der Dienstherr Rechte auf das Patent, sonst bleibt der Angestellte der allein Berechtigte, auch selbst dann, wenn er als Erfinder („thinker") oder zu dem Zwecke angestellt ist, auf Verbesserungen an Maschinen, Einrichtungen, oder Verfahren, die im Betriebe des Geschäftes gebraucht werden, zu sinnen. In diesen Fällen hat aber der Geschäftsherr einen Licenz-Anspruch, d. h. er darf die Erfindung benutzen. Zu erwähnen ist aber noch, daß, wenn die von dem Angestellten gemachte Erfindung eine Verbesserung der von dem Geschäftsherrn gemachten Haupterfindung darstellt und von dieser abhängig ist, diese Erfindung des Angestellten dem Geschäftsherrn zufällt. Auch Großbritanien gewährt den Patentanspruch nur dem „true and first inventor."

Hiernach ist die Anmeldung der Erfindung des Angestellten durch den Dienstherrn unwirksam, selbst wenn der Angestellte die Erfindung während der Dienstzeit und mit Benutzung der Arbeitsmittel des Dienstherrn gemacht hat. Wenn dagegen der Angestellte von dem Prinzipal beauftragt wird, die Erfindung auszuführen, oder ihm bei der Ausführung der Erfindung zu helfen, und der Angestellte in Ausführung dieses Auftrages Verbesserungen erfindet, so fallen diese dem Dienstherrn zu; der Angestellte kann hierauf ein Patent nicht nehmen. Das Gleiche gilt, wenn der Angestellte seine Erfindung infolge von Untersuchungen und Versuchen macht, für die er von dem Dienstherrn angestellt war. Sind dagegen die von dem Angestellten gefundenen Verbesserungen so weittragend und selbständig, daß sie eine unabhängige Erfindung darstellen, so steht das Recht an solchen Erfindungen lediglich dem Angestellten zu.

Ebenso steht in Frankreich das Recht an der Erfindung grundsätzlich dem Erfinder zu. Die Anmeldung und Erteilung des Patentes, die ohne Prüfung erfolgt, gibt dem Anmelder ein ausschließliches Nutzungsrecht, vorbehaltlich der besseren Rechte des älteren Erfinders. Das Recht an Erfindungen des Angestellten geht auf den Dienstherrn über, wenn ein ausdrücklicher Vertrag vorliegt, oder wenn die Erfindung das Ergebnis einer Tätigkeit ist, die der Angestellte im Auftrag und nach Anleitung des Dienstherrn ausgeübt hat. Wenn dagegen die Erfindung außerhalb des Kreises der Aufträge oder Dienstvorschriften des Dienstherrn oder unabhängig von der Tätigkeit, die der Angestellte dem Dienstherrn schuldet, entstanden ist, steht das Recht an der Erfindung dem Angestellten zu.

Dahingegen enthält, wie schon erwähnt wurde, das deutsche Patentgesetz keine diesbezüglichen Bestimmungen. Die Lösung der Frage, in wessen Eigentum die Angestellten-Erfindung steht, mußte daher der Entscheidung der Theorie und der Rechtsprechung überlassen bleiben. Beide haben nicht vermocht, einheitliche Grundsätze zu zeitigen. Nur darüber herrscht im Wesentlichen Einverständnis, daß dem Geschäftsherrn diejenigen Erfindungen des Angestellten zufallen, die das Ergebnis einer Tätigkeit sind, die der Angestellte in ausdrücklichem Auftrage oder infolge besonderer Anleitung des Geschäftsherrn geleistet hat. Auch darin ist man einig, daß im Voraus vereinbart werden kann, alle oder bestimmte Erfindungen des Angestellten sollen dem Geschäftsherrn gehören. Weit gehen aber die Ansichten auseinander über die Behandlungen aller der Erfindungen, die ein Angestellter gelegentlich der Leistung seiner vertraglichen Arbeit oder während seiner freien Zeit macht, sei es infolge einer in seinem geschäftlichen Wirkungskreis gewonnenen Anregung, sei es unabhängig von demselben. Die Meinungen der Theoretiker stehen sich ziemlich schroff gegenüber. Auf der einen Seite nehmen Kohler, der Altmeister der deutschen patentrechtlichen Wissenschaft, Isay u. a. alle Erfindungen

des Angestellten für den Geschäftsherrn in Anspruch, freilich mit verschiedener Begründung. Besonders interessant ist die Motivierung der Kohler'schen Ansicht, obwohl sie m. E. nicht zutreffend ist.

Dieselbe geht dahin: Das Recht aus einer Erfindung des Angestellten entsteht unmittelbar für den Geschäftsherrn; denn der technische Angestellte ist auch ohne besondere Vereinbarung Stellvertreter des Geschäftsherrn in der Erfindertätigkeit. Kohler konstruiert weiter auf Grund der Unterstellung, daß die erfinderische Begabung mit ein Grund zur Anstellung sei, neben dem zwischen dem Prinzipal und dem Angestellten bestehenden obligationsrechtlichen Rechtsverhältnis noch ein solches personenrechtlichen Charakters. Er nimmt eine Untertanschaft des erfinderischen Denkens an, sodaß der Angestellte, selbst wenn er für sich erfinden wollte, doch immer unmittelbar für den Dienstherrn erfindet.

Von anderer Seite wird das Recht auf unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn an der Angestelltenerfindung aus den Rechtsgrundsätzen der Besitzlehre oder aus dem Dienstverhältnis als solchem abgeleitet.

Dagegen verlangt eine Reihe anderer Schriftsteller, z. B. Böhmer, Edwin Katz, daß alle Erfindungen dem Angestellten gehören sollen; dem Geschäftsherrn sollen sie nur dann zufallen, sofern dies durch einen besonderen Vertrag bestimmt ist oder es sich um eine Etablissementserfindung handelt. Unter Etablissementserfindungen verstehe ich solche Erfindungen, welche innerhalb eines gewerblichen Betriebes infolge der gemeinschaftlichen Arbeit mehrerer gemacht werden, sodaß die Erfindung als solche auf eine Person nicht zurückgeführt werden kann. Nach dem Sprachgebrauch des RG.*) ist Etablissementserfindung etwas anderes, nämlich eine Erfindung, die voneinem Angestellten im Dienste und für die Zwecke des Etablissements gemacht worden ist. Die hier angewandte Bedeutung des Wortes Etablissementserfindung stammt von Gareis. (Patentgesetz 77.) Sie ist der Terminologie des Reichsgerichts vorzuziehen, da sie sich, wie ich noch zu ihrer Empfehlung meinerseits anführen möchte, dem handelsrechtlichen Begriffe des Etablissements anschließt. In der Literatur sind noch eine Reihe weiterer Ansichten vertreten, die sich auf mittlerer Linie bewegen, auf die ich hier aber nicht näher eingehen kann. Einen mittleren Standpunkt nimmt jetzt auch die deutsche Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts ein. Die deutschen Gerichte haben sich**) aber nur mit der Entscheidung solcher Fälle bisher zu befassen gehabt, in denen das Recht des Angestellten an seiner Erfindung eine besondere Regelung bei Abschluß des Dienstvertrages nicht gefunden hat. Urteile deutscher Gerichte, in denen Verträge, durch welche der Angestellte von vornherein das Ergebnis seiner Erfindungen dem Dienstherrn überweist, für nichtig erklärt worden sind, etwa als gegen die guten Sitten verstoßend, oder in denen dem Gedankengang des österreichischen Gesetzes entsprechend dem Angestellten wenigstens eine angemessene Vergütung an der dem Dienstherrn als Eigentum zugefallenen Erfindung zuerkannt wird, sind nicht bekannt geworden. Aber auch aus denjenigen Fällen, in denen sich die deutsche Rechtsprechung mit der Frage befaßt hat, wie man das Recht des Angestellten an der Erfindung beim Mangel eines die Frage ordnenden besonderen Vertrages zu beurteilen sei, läßt sich ein einheitlicher Rechtsgrundsatz nicht gewinnen. In seinen früheste die Frage betreffenden Entscheidungen hat das RG. allgemein den Satz aufgestellt, das die im Gewerbebetriebe des Dienstherrn gemachte Erfindung des Angestellten unmittelbar Eigentum des Dienstherrn werde, und daß deshalb auf Grund des § 10 Ziff. 3 des deutschen Patentgesetzes ein Patent, daß ein Angestellter auf eine im Dienste des Geschäftsherrn gemachte Erfindung sich habe erteilen lassen, auf Antrag des Dienstherrn vernichtet werden müsse. Der rechtliche Gesichtspunkt, auf welchem diese Entscheidung beruht, ist dem Begriffe der Dienstmiete entnommen: der Angestellte, welcher seine Dienste vermietet, soll damit auch die Arbeitsergebnisse, sowohl der körperlichen wie der geistigen Arbeit dem Dienstherrn übereignen wollen. Dieser allgemeine Grundsatz wird aber in der späteren Rechtsprechung des RG. mehr und mehr eingeengt, sodaß die Entscheidung vom 22. April 1898 dem Geschäftsherrn an der von seinem Angestellten gemachten Erfindung einen Erfindungsbesitz nur dann gewährt, wenn

a) der Angestellte infolge des Dienstvertrages verpflichtet ist, auf Erfindungen der in Rede stehenden Art bedacht zu sein;
b) diese Erfindungen für den Dienstherrn zu machen sind, d. h. für die Zwecke desselben.*)

Nach dem hier zum Abdruck gebrachten Grundsatz hängt es von dem im Prozeßwege klar zu stellenden Einzelfall ab, wem die Erfindung zusteht: dem Geschäftsherrn oder dem Angestellten. Auf Grund des derzeitigen Rechtes wird man dabei meiner Ansicht nach von folgenden Gesichtspunkten auszugehen haben. Der Angestellte ist nur zur Leistung bestimmter Dienste engagiert. Erstreckt sich dieser Dienstkreis auf das Erfinden, entweder allgemein,

*) SeuffArch. III, Folge 5, 196.

**) S. hierzu und dem folgenden Edwin Katz in Gewerblicher Rechtsschutz-Urheberrecht 11, 214.

*) Vgl. hierzu meinen Aufsatz: „Der gewerbliche Rechtsschutz auf dem 28. deutschen Juristentag" in: Markenschutz und unlauterer Wettbewerb, 1906, 2.

oder weil der Angestellte von dem Geschäftsherrn mit der Lösung einer besonderen Aufgabe beauftragt worden ist, dann gehört die Erfindung als die nach dem Dienstvertrag geschuldete Leistung dem Geschäftsherrn. Der Angestellte kann keinen Anspruch auf besondere Vergütung in Gestalt eines Gewinnanteiles machen; denn es muß angenommen werden, daß die im Dienstvertrag stipulierte Gegenleistung des Geschäftsherrn von vornherein eine angemessene Honorierung des allgemein zu Erfindungszwecken oder zur Lösung eines bestimmten Problems engagierten Angestellten darstellt. In allen anderen Fällen der Angestelltenerfindung gehört diese ihrem Urheber. Denn dieser hat nach § 611 BGB. dem Geschäftsherrn nur die versprochenen, eventuell üblichen und sachgemäßen Dienste zu leisten. Wenn er auch demselben sein ganzes Wissen und Können zu widmen hat, so hat dies doch nur im Rahmen der vereinbarungsgemäß zu leistenden Dienste zu geschehen. Zu diesem gehört aber an sich nicht das Erfinden, das Erschaffen neuer, selbständiger Vermögenswerte.

Jedenfalls sind aber m. E. nach dem derzeitigen Rechte dem Angestellten auch alle diejenigen Erfindungen zuzusprechen, die derselbe in seinen Mußestunden gemacht hat, die sogenannten Sonntagserfindungen. Die entgegengesetzte Rechtsauffassung widerspricht den Regeln über den Dienstvertrag und vor Allem auch den Verhältnissen unseres heutigen sozialen Leben. Mit Recht hat man gegen sie auch geltend gemacht,*) sie sei ein Überbleibsel aus alter, absolutistischer Zeit, wo der Dienstherr einen rechtlichen Anspruch auf die gesamte Arbeitskraft seines Bediensteten hatte, sowie dies heutigen Tages noch teilweise bei dem Hausgesinde der Fall ist. Solche Verhältnisse kennen wir aber in unseren technischen Betrieben nicht mehr. Die Arbeit, die der Ingenieur, der Arbeiter zu leisten haben, ist einmal durch die Geschäftsstunden zeitlich genau begrenzt, und dann durch die bestimmten, ihnen von Fall zu Fall gestellten Aufgaben. Reicht die Kraft des Angestellten noch zu weiterer täglicher Arbeit aus, so hat der Dienstherr an dem Gewinn, der hierdurch erzielt wird, keinen Anteil. Wenn ein Buchhalter sich beispielsweise Abends noch anderweitig mit Buchführungsarbeiten, oder wenn ein Ingenieur sich zu Hause mit technischen oder literarischen Arbeiten beschäftigt, und auf diese Weise versucht, sein Einkommen zu erhöhen, seine soziale Stellung zu verbessern, so wird es niemanden einfallen, dem Dienstherrn einen Anspruch auf diesen Nebenverdienst seiner Angestellten zu gewähren. So erscheint es auch unbillig und ungerechtfertigt dem Dienstherrn das Eigentumsrecht an solchen Erfindungen seiner Angestellten zuzusprechen. Jedenfalls gebührt aber dem Angestellten, der Urheber einer nützlichen, für seinen Dienstherrn gewinnbringenden Erfindung ist, für diese Leistung eine angemessene Entschädigung und eine solche sollte ihm auf gesetzlichem Wege gesichert werden.

Andererseits muß man sagen: Wenn innerhalb eines gewerblichen Betriebes durch die gemeinschaftliche Arbeit mehrerer eine Erfindung gemacht wird, ohne daß man weiß, wer der eigentliche Erfinder ist, so muß angenommen werden, daß das Patent für eine solche Erfindung dem Geschäftsherrn gehört. Denn diese Erfindung kann von einem Einzelnen nicht in Anspruch genommen werden, weil sie nicht auf die Denkarbeit einer bestimmten Person zurückgeführt werden kann; sie ist aus dem Betriebe des Etablissements herausgewachsen und gehört deshalb diesem, wie auch das Ergebnis anderer Arbeiten desselben.

Dies ist in großen Zügen der augenblickliche Stand der Frage in Deutschland, der das Einsetzen einer Reformbewegung wohl begreiflich erscheinen läßt. An einer Reform sind aber nicht nur die Angestellten interessiert, sondern auch die Allgemeinheit wegen des Einflusses dieser Frage auf die gesamte wirtschaftliche Entwicklung. Denn die Folge, man könnte beinahe sagen die naturgemäße Folge, dieses dem Angestellten ungünstigen Rechtszustandes ist, daß eine erhebliche Zahl praktisch brauchbarer Erfindungen von den Angestellten einfach bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses verschwiegen aufgespart oder ins Ausland getragen wird, um sich den Genuß derselben zu sichern. Den Angestellten ist auch jede Anregung und jeder Ansporn Erfindungen zu machen, ihre Kenntnisse und Fähigkeiten nach dieser Richtung hin auszunützen, genommen, da sie befürchten müssen, die Früchte derselben nicht zu genießen. Daß dadurch eine nicht unerhebliche Schädigung der Konkurrenzfähigkeit der deutschen Industrie auf dem Weltmarkt resultiert, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Die Bestrebungen, die Rechtsverhältnisse der Erfindungen der technischen Angestellten zu regeln, sind so alt wie unser Patentgesetz selbst. Schon bei der Beratung dieses Gesetzes wies der Abgeordnete von Kardorff im Reichstage auf die amerikanische Gesetzgebung hin. Neuerdings ist die Frage wieder in Fluß geraten, nicht zum mindesten durch die Agitation des rührigen Bundes der technisch-industriellen Beamten, sowie durch zwei beachtenswerte Aufsätze des Herrn Ingenieur West.

Ihren Ausgangspunkt nehmen diese Erörterungen wohl von den betreffenden Verhandlungen des deutschen Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums auf seinen Kongressen 1901 und 1903 in Köln

*) Vgl. das Referat „Technische Angestellte und ihre Erfindungen" im „Organ des Bundes der technisch-industriellen Beamten" 1. Jahrgang Nr. 24.

und Hamburg, auf welchen freilich trotz eingehender Vorbereitung diese Fragen für noch nicht spruchreif erklärt worden sind. Die gemachten Reformvorschläge sind natürlich außerordentlich mannigfaltig, viele derselben sind direkt utopistisch. Ich kann sie im Einzelnen nicht erörtern. Am meisten Anklang haben die Forderungen gefunden, die West und ihm folgend der Bund der technisch-industriellen Angestellten aufgestellt haben. Ich werde sie deshalb auch meinen folgenden Ausführungen zu Grunde legen. Dieselben besagen:

a) Technische Arbeiter und Angestellte sind Eigentümer der von ihnen herrührenden Erfindungen.

b) Der Arbeitgeber hat ein Anrecht darauf, daß ihm die Erfindungen der Angestellten, die sich auf einen Gegenstand erstrecken, der innerhalb des Rahmens des betr. Gewerbebetriebes liegt, zur gewerblichen Ausbeutung überlassen werden.

c) Der Arbeitgeber muß innerhalb eines Monats erklären, ob er die Erfindung ausbeuten will. Erklärt er sich für die Ausbeutung, so wird er dadurch ohne weiteres alleiniger Lizenznehmer und übernimmt damit die Verpflichtung, die Kosten für die Erwerbung und Aufrechterhaltung der Patente zu bestreiten und die Ausbeutung der Erfindung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu betreiben. Hinsichtlich des Auslandes steht ihm die Auswahl der einzelnen Länder zu. — In dem Umfange, in dem er auf die Ausbeutung verzichtet, ist der technische Angestellte und Arbeiter unbeschränkter Eigentümer seiner Erfindung. Die Lizenzrechte des Arbeitsgebers erlöschen, sobald er seinen Verpflichtungen als Lizenznehmer nicht nachkommt.

d) Als Entschädigung für die Überlassung einer Erfindung an den Arbeitgeber ist dem Erfinder ein Anspruch auf einen angemessenen Anteil an dem Nutzen, den die Ausbeutung der Erfindung während der Patentdauer dem Unternehmer bringt, zu gewähren.

Als „angemessen" ist, wenn nicht außergewöhnliche Verhältnisse vorliegen, mindestens der dritte Teil anzusehen. — Wenn ein Gegenstand durch mehrere Patente geschützt ist, findet eine Teilung des in Betracht kommenden Betrages nach billigem Ermessen statt.

e) Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der Angestellten bezüglich der Erfindungen der Letzteren ist dahin zu beschränken, daß Abmachungen für nichtig erklärt werden, durch die den Angestellten das Eigentumsrecht an ihren Erfindungen im Voraus entzogen oder die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers ausgeschlossen wird.

f) Der Anmelder einer Erfindung zum Patent hat, wenn er nicht selbst Erfinder ist, den Erfinder in seiner Anmeldung zu benennen. Der Name des Erfinders ist vom Patentamte mit zu veröffentlichen.

Diese Vorschläge sind schon insofern sehr radikal, als darin auch die von dem Angestellten in den Grenzen seiner Dienstverpflichtung, insbesondere infolge Auftrages oder Anleitung des Geschäftsherrn gemachten Erfindungen für den Angestellten vindiciert werden, im Gegensatz zu dem bisher geltenden, allseitig unbestrittenen Grundsatz, daß derartige Erfindungen den Geschäftsherrn zufallen.

Diese Thesen erörtern auch — und dadurch hat die Reformfrage erhöhte praktische Bedeutung erlangt — zwei dem letzten deutschen Juristentag erstattete Gutachten.

Der eine Gutachter, Professor Osterrieth-Berlin, beschäftigt sich vorwiegend mit den Entschädigungsforderungen und der Nennung des Erfinders; er kommt zu dem Schlusse, daß eine gesetzliche Regelung des Erfinderrechts der Angestellten im Sinne der gemachten Reformvorschläge in Deutschland nicht ausführbar sei, ohne eine gleichzeitige grundlegende Reform des Patentgesetzes. Es geht dabei von folgenden Erwägungen aus.

Die gewünschte Wirkung könne die Erwähnung des Namens nur dann haben, wenn die Nennung des Erfinders für alle Fälle vorgeschrieben wäre. Will man einem Angestellten einen Anspruch auf Anerkennung seiner Erfinderschaft gewähren, so muß man im Widerspruch mit den Grundlagen des Patentgesetzes prüfen, wer der Erfinder ist, eine Prüfung, die im Rahmen unseres Patentgesetzes nicht vorgenommen werden kann; das Erteilungsverfahren würde dadurch weiter beschwert und noch mehr wie bisher in die Länge gezogen werden. Man denke nur an die Fälle, wo der Geschäftsherr dem Angestellten die Erfinderschaft bestreitet, die Erfindung durch einen Anderen zum Patent anmelden läßt, ein Angestellter des gleichen Betriebes behauptet, daß er der eigentliche Urheber der Erfindungsidee sei u. a. m. Diese Bedenken und eine ganze Reihe anderer Erwägungen, auf die leider wegen Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit hier nicht eingegangen werden kann, führen schließlich, wie Osterrieth mit Recht hervorhebt, notwendig zu der Frage, ob nicht der Anspruch auf ein Patent grundsätzlich — entgegen dem jetzigen Rechte — dem Erfinder allein zustehen soll und damit mit Notwendigkeit eventuell zu einer Abkehr von dem bewährten Anmeldeprinzip.

Bezüglich der Gewinnbeteiligung weist Osterrieth auf die außerordentliche Schwierigkeit der Feststellung der angemessenen Höhe derselben hin, verspricht sich aber von der Einführung einer derartigen

gesetzlichen Bestimmung gewisse erzieherische Wirkungen.

Während das Osterrieth'sche Gutachten im Wesentlichen auf patentrechtlichen Gesichtspunkten beruht, geht der andere Gutachter, Dr. Richard Alexander Katz-Berlin, hauptsächlich von zivilrechtlichen Erwägungen aus — er schlug vor:

I. Es empfiehlt sich, eine gesetzliche Bestimmung dahin:

1. Das Eigentum der von Angestellten und Arbeitern gemachten Erfindungen und Gebrauchsmuster gehört diesen und nicht dem Dienstherrn, sofern letzterer nicht durch ausdrückliche Vereinbarung sich dieses Eigentum ausbedungen hat, oder die Erfindung im Auftrage des Dienstherrn für denselben gemacht hat.

2. Im Zweifel ist die Vereinbarung und der Auftrag dahin auszulegen, daß die Erfindung von dem Dienstherrn nur für die Zwecke seines Betriebes angewendet und ausgebeutet werden darf, während im übrigen der Erfinder selbst die Rechte aus der Erfindung behält.

II. Es empfiehlt sich nicht, die Vertragsfreiheit des Dienstherrn und der Angestellten über die Erfindung der letzteren zu beschränken.

III. Es empfiehlt sich ein Zusatz zu § 20 u. 23 des Patentgesetzes, wonach:

1. der Anmelder, wenn er nicht der Erfinder ist, und die Erfindung auch nicht aus der gemeinsamen Arbeit mehrerer Personen in seinem Betriebe hervorgegangen ist, verpflichtet ist, den Erfinder in seiner Anmeldung zu benennen hat;

2. das Patentamt bei der Bekanntmachung der Erfindung den Namen des Erfinders mit bekannt zu machen hat.

Alexander-Katz steht im wesentlichen bezüglich der These I, wenn auch im Einzelnen abweichend, auf dem oben von mir vertretenen rechtlichen Standpunkt. Er verneint die Notwendigkeit, die Vertragsfreiheit in der Hinsicht einzuschränken, daß Verträge, laut welchen dem Geschäftsherrn Erfindungen seiner Angestellten gehören sollen, für ungültig erklärt werden. Er verkennt zwar nicht daß derartige Verträge manchmal allzu „umfassend" formuliert werden, daß der arbeitsuchende Techniker dieselben aus einer gewissen Zwangslage heraus schließt, er hält es aber trotzdem nicht für empfehlenswert, die geistigen Arbeiter und die Industriellen durch eine weitere Beschränkung der Vertragsfreiheit als die aus den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen (z. B. § 138 BGB.) sich ergebende, zu bevormunden.

Den Vorschlag, dem wahren Erfinder die Möglichkeit zu gewähren, als Erfinder öffentlich anerkannt zu werden, macht Alexander-Katz sich zu eigen, weil derselbe für den Angestellten einen wirtschaftlichen Wert schaffe. Er will aber an dem bisherigen System der Patentanmeldung nicht rütteln. Sein Vorschlag zu III. bezweckt daher eine Gesetzesvorschrift zu schaffen, die einen zivilrechtlichen Anspruch des wahren Erfinders gegen den Anmelder auf Nennung seines Namens begründen und für den Fall der absichtlichen Unterdrückung des Namens des Erfinders diesem einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB. gewähren soll.

Die dem deutschen Juristentag erstatteten Berichte zeigen einen ziemlich engen Anschluß an die Grundgedanken beider Gutachten. Die daran sich anschließende Debatte war nicht gerade durch besondere Tiefe ausgezeichnet. Trotz der warmen Aufforderung eines Redners, der Juristentag möge durch seinen Beschluß den Angestellten nicht Steine statt Brod geben, beschloß der Juristentag schließlich:

1. Die von dem Angestellten gemachte Erfindung gehört diesem, wenn nicht durch Vertrag das Gegenteil bestimmt ist. Die Etablissementserfindung – in dem Gareis'schen Sinne — gehört dem Geschäftsbetrieb, in dem sie entstanden ist.

2. Es empfiehlt sich nicht, die Vertragsfreiheit des Dienstherrn oder der Angestellten über die Erfindung der letzteren zu beschränken.

3. Die Frage, ob der Erfinder bei der Anmeldung der Erfindung zum Patent zu benennen ist, wird für noch nicht spruchreif erklärt.

Meine bisherigen Ausführungen haben den augenblicklichen Rechtszustand in Deutschland und dem Ausland zum Gegenstand gehabt; ideal ist derselbe, wie wohl nicht bestritten werden kann, weder hier noch dort. Im Anschluß daran sind auch die Reformbestrebungen erörtert worden. Hieran hat sich nun noch eine Kritik der Reformvorschläge anzuschließen.

Ich beschränke mich dabei auf die drei grundsätzlichen Fragen, da ja, wenn hier Klarheit über das zu erreichende Ziel herrscht, die Ausgestaltung im Einzelnen ein Leichtes sein wird. Diese drei Hauptpunkte sind:

1. Das Eigentumsverhältnis an den Erfindungen.

2. Die rechtliche Behandlung von Verträgen, welche die Angestelltenerfindung dem Geschäftsherrn zuweisen.

3. Die Frage, ob der Erfinder, wenn die Erfindung einem anderen zufällt, einen Anspruch auf Erwähnung seines Namens im Patent haben soll.

Was zunächst das Eigentumsverhältnis an der Erfindung anlangt, so ist an dem auch nach geltendem Recht m. E. unbestreibaren Grundsatz festzuhalten, daß *regelmäßig die von dem Angestellten gemachte Erfindung diesem gehört*. Von diesem Grundsatz ist aber zu Gunsten des Geschäftsherrn eine Reihe Ausnahmen zu machen, nämlich wenn:

1. der dem Angestellten vertraglich obliegende Pflichtkreis sich auf Erfindungen oder auf Verbesserungen, Neugestaltung ꝛc. von Betriebs-Einrichtungen, Verfahren, Maschinen, sei es allgemein oder infolge eines ihm vom Geschäftsherrn erteilten und von ihm — ausdrücklich oder stillschweigend — angenommenen Auftrages erstreckt;

2. der Angestellte sich durch besondere, neben dem Dienstvertrag herlaufende Verträge verpflichtet hat seine Erfindungen dem Geschäftsherrn zu überlassen;

3. es sich um Etablissementserfindungen handelt.

In diesen drei Fällen hat der Geschäftsherr einen Anspruch auf die Erfindungen.

Eine besondere Begründung dieser Forderungen zu geben erübrigt sich, da eine solche in meinen bisherigen Ausführungen bereits enthalten ist. Empfehlenswert erscheint aber weiter, eine besondere Bestimmung dahin zu treffen, daß dem Prinzipal für eine Angestellten-Erfindung, auf die er einen Anspruch nicht machen kann, insbesondere wenn sie einen seiner Geschäftszweige berührt, ein Anspruch auf Erteilung einer Lizenz zur gewerblichen Verwertung der Erfindung in Deutschland, eventuell nur für einen von ihm zu bestimmenden Teil von Deutschland gewährt wird. Eine andere Ausnützung der Erfindung als durch eigene gewerbliche Verwertung soll ihm aber nicht zustehen. Für das Ausland ist der Angestellte in der Ausnützung seiner Erfindung vollkommen frei. In diesen Punkten gehe ich über die bisher gemachten Reformvorschläge hinaus. Denn es ist gar kein Grund ersichtlich, warum dem Geschäftsherrn ein ganz allgemeines Nutzungsrecht an der ihm nicht gehörigen Erfindung seines Angestellten eingeräumt werden soll. Das geht viel zu weit! Für Deutschland, der regelmäßigen Sphäre seiner geschäftlichen Wirksamkeit, hat der Prinzipal ein Interesse daran, daß durch die Erfindung seines Angestellten ihm selbst keine Konkurrenz gemacht wird. Das entfällt aber meistens für das Ausland. Esist somit kein Anlaß gegeben, eine unbedingte Zwangslizenz einzuführen, die Vertragsfreiheit des Angestellten derart einzuschränken. Der Angestellte wird auch so seinen Geschäftsherrn dem ausländischen Interessenten gewiß vorziehen, falls er ihm die gleichen Vorteile wie dieser bietet!

Der deutsche Juristentag hat die Notwendigkeit verneint, die Vertragsfreiheit der Geschäftsherrn und der Angestellten über die Erfindung der Letzeren einzuschränken; ich selbst habe auch in meinem eben gemachten Vorschlag die Gültigkeit derartiger Verträge angenommen. Ich möchte aber damit nur aussprechen, daß grundsätzlich derartige Verträge gültig sind. Einschränkungen sind auch hier zu machen. Die Anhänger der Beschränkung der Vertragsfreiheit wollen alle Verträge für nichtig erklären, durch welche dem Angestellten das Eigentumsrecht an den Erfindungen von vornherein entzogen wird, oder die Entschädigungspflicht des Geschäftsherrn ausgeschlossen wird.

Mir scheint die Forderung, die alle derartigen Verträge für nichtig erklärt, der Sachlage nicht gerecht zu werden. Derjenige Angestellte, der als Erfinder (thinker) bestellt worden ist, kann keinen Anspruch darauf machen, daß das Resultat seiner Tätigkeit ihm und nicht dem Geschäftsherrn zufällt. Denn dieser bezahlt ihn ja gerade dafür, daß er erfinden soll; sein Gehalt wird von vornherein so bemessen sein, daß es sich als Aequivalent für die erfinderische Tätigkeit darstellt, der Geschäftsherr muß dieses Gehalt auch zahlen, wenn der Angestellte keine Erfindungen macht. Das Gehalt stellt also eine Art Risikoprämie dar. Personen, welche als Erfinder angestellt werden, werden geschäftlich meist so gewandt und erfahren sein und ihre Position gewährt ihnen eine solche Unabhängkeit und wirtschaftliche Stärke, daß sie an sich schon vor Ausbeutung durch zu ungünstige Vertäge geschützt sind, oder sich doch leicht selbst zu schützen vermögen. Der Geschäftsherr wird ihnen auch schon seines eigenen Vorteiles wegen keine zu ungünstigen Bedingungen stellen, weil er in ihnen ein gewisses persönliches und materielles Interesse daran erwecken muß, daß sich ihre erfinderische Tätigkeit erfolgreich gestaltet. Diesem geringen Bruchteil der Angestellten wird also schon durch die Lage der Verhältnisse ein sachgemäßer Schutz gewährleistet. Anders aber liegt die Sache bei dem großen Heer derjenigen Personen, die nicht von vornherein zur Leistung einer erfinderischen Tätigkeit, sondern nur zur Leistung gewöhnlicher technischer Arbeiten angestellt werden und bei denen sich der Geschäftsherr neben der eigentlichen Dienstarbeit das Recht auf die von dem Angestellten gemachten Erfindungen ausbedingt. Das Gros der technischen Angestellten gehört zu der großen Zahl der wirtschaftlich Schwachen, für deren Schutz die Gesetzgeber in der Neuzeit so glücklich und so erfolgreich eingetreten ist. Ihre Stellung ist analog derjenigen der Handlungsgehilfen. Auch die wirtschaftliche Lage der Ingenieure, Chemiker ist fast die gleiche, wie die der kaufmännischen Angestellten. Es erhalten nach einer im Dezember 1906 in der Frankfurter Ztg. veröffentlichten Statistik etwa 60% aller deutschen Ingenieure einen jährlichen Gehalt bis zu 2000 Mk., 25% einen solchen von 2—3000 Mk. und nur 15% einen solchen von über 3000 Mk.; das sind erschreckende Ziffern!

Denn diese Entlohnung steht in keinem Verhältnis zu den Kosten der Ausbildung, zu der geforderten Arbeitsleistung, besonders wenn man daran denkt, was außer der beruflichen Tätigkeit

den Ingenieuren in den Anstellungsverträgen für gewöhnlich noch alles zu Gunsten des Arbeitgebers auferlegt wird, darunter die Überlassung aller Erfindungen an denselben, Momente, die bei den kaufmännischen Angestellten nicht in Betracht kommen. Daraus erhellt ohne weiteres: die Frage, ob die technischen Angestellten und ihre Prinzipale in Bezug auf die Abtretung der Erfindungen in ihrer Vertragsfreiheit beschränkt werden sollen, ist in erster Linie eine eminent wirtschaftliche. Der Ingenieur wird regelmäßig der wirtschaftlich Schwache sein, der durch das ungeheure Überangebot von Stellensuchenden geneigt gemacht wird, dem Geschäftsherrn alles, was er verlangt, zu konzedieren, um nur die Stelle zu erhalten. Man kann daher mit Recht sagen, es bestehe die Gefahr, daß 300—400000 technische Angestellte ins Proletariat herunterſinken. Für die Besserung der Verhältnisse der technischen Angestellten ist dem Gesetzgeber in der gedachten Richtung ein Weg gewiesen. Den Arbeitgebern, die ihre Ingenieure von vornherein um alle Früchte ihrer Erfindung bringen, muß gezeigt werden, daß dies den guten Sitten nicht entspricht. Soweit, daß man alle Verträge für nichtig erklärt, durch welche das Eigentumsrecht an der Angestelltenerfindung dem Geschäftsherrn zugesprochen wird, darf man aber nicht gehen, da der Geschäftsherr oft ein vitales Interesse daran hat, sich diese Erfindungen zu sichern. Dem Interesse des Angestellten wird genügt, wenn das Gesetz dafür sorgt, daß ihm ein angemessener Nutzen aus seiner Erfindung unter allen Umständen gewahrt bleibt. In Erinnerung an den Zweck allen Rechtes:

Jedem das Seine

wird man daher diesen Widerstreit der Interessen so ordnen müssen, daß man Verträge, in denen Angestelltenerfindungen dem Geschäftsherrn zufallen, dann für nichtig erklärt, wenn dem Angestellten ein angemessener Nutzen aus denselben nicht gewährt wird.

Eine derartige gesetzliche Regelung schließt sich auch einer Rechtsübung an, die schon ziemlich verbreitet ist. Denn es sind mir in der Praxis wiederholt solche Verträge bekannt geworden, in denen die Angestellten an den Erträgnissen ihrer Erfindungen von dem Geschäftsherrn beteiligt werden. Ihre Zahl ist freilich, wie es scheint, nicht allzugroß, aber immerhin genügend, um nicht ganz allgemein die Klagen über die „blutsaugenden Prinzipale“ für berechtigt erscheinen zu lassen. Die Zulässigkeit derartiger Verträge ist aber auch von rein praktischen Standpunkt aus notwendig. Denn: eine erfolgreiche erfinderische Tätigkeit ist, abgesehen von Zufallserfindungen, heutzutage fast nur noch in der Weise möglich, daß eine Anzahl Techniker innerhalb desselben Betriebes gleichzeitig auf demselben Gebiete arbeiten und jeder sich in gewissem Sinne spezialisiert aber doch alle an den Erfahrungen des anderen teilnehmen. Das schließliche Resultat: die Erfindung des Einzelnen kann man nicht als Etablissementserfindung bezeichnen. Andererseits haben auch die Angestellten ein erhebliches Interesse daran, ihren Erfindungen von vornherein die Möglichkeit der Ausführung zu sichern. Bei den heutigen industriellen Verhältnissen wird der Erfinder selbst nur in Ausnahmefällen in der Lage sein seine Erfindungen selbst auszubeuten; denn die Einführung eines jeden neuen Objektes erfordert einen außerordentlich großen Aufwand an Kräften und kaufmännischen und technischen Fähigkeiten, den gerade die Erfinder in der Regel zu leisten nicht in der Lage sind. Eine Einschränkung oder gar Ausschließung derartiger Verträge würde daher, worauf nicht nachdrücklich genug hingewiesen werden kann, nicht nur mit den Interessen der Fabrikanten sondern auch mit denjenigen der Erfinder im Widerspruch stehen.

Der dritte noch zu erörternde Punkt betrifft die sogenannte Erfinderehre, d. h. der Erfinder soll als solcher in dem Patent, das einem anderen erteilt wird, genannt werden. Wenn es sich hier auch um eine mehr ideale Forderung zu handeln scheint, so ist deren Verwirklichung doch nicht allein für die Stellung der Techniker erwünscht, sondern für sie auch wirtschaftlich recht bedeutsam. Für viele wird, da die Welt ja nun einmal nach dem bekannten Dichterwort ein Eitelkeitsmarkt ist, die die Nennung ihres Namens, besonders in Verbindung mit dem möglichen Nutzen aus der Erfindung ein Ansporn zur eigenen erfinderischen Tätigkeit sein; ihre Name wird bekannt, ihr Fortkommen dadurch erleichtert werden.

Die Erörterung dieser Frage von juristischem Standpunkte aus ist in der hier gebotenen Kürze sehr schwierig. Festzuhalten ist, daß das Patentgesetz nur dem Anmelder das Patent erteilt, daß andererseits aber die bloße Tatsache der Erfindung ein Individualrecht für den Erfinder in dem Sinne begründet, daß kein anderer als der wirkliche Erfinder berechtigt ist, sich als Erfinder zu bezeichnen. Dieses Recht bleibt ihm auch dann, wenn er das Erfinderrecht oder den Erfindungsbesitz an einen anderen überträgt, oder wenn seine Erfindung infolge seiner Stellung als Beauftragter, als Angestellter einem anderen in dem Augenblick des Entstehens schon zufällt.

Damit bleibt dem wahren Erfinder also immer die Möglichkeit, durch Publikationen seinen Namen bekannt zu machen. Hierdurch wird seinen Interessen aber nicht immer gedient. Denn Publikationen in wissenschaftlichen Zeitschriften bilden — besonders nach Ablauf von einigen Jahren — nur ein Be-

gräbnis zweiter oder dritter Klasse, umsomehr als bei der augenblicklichen Rechtslage in die Preiskourante und sonstigen Drucksachen des betreffenden Geschäftes nur der Name des Patentinhabers übergeht, im Verkehr also immer dieser genannt werden wird. Wie schon erwähnt wurde, hat aber der Erfinder neben dem rein wissenschaftlichen Ruhme ein gewisses wirtschaftliches Interesse an dem Bekanntwerden seines Namens im Zusammenhange mit dem Patent; die erhöhte Möglichkeit seine Stellung zu verbessern. Es ist auch nicht abzusehen, warum das Erfinderrecht als solches nicht geschützt werden soll; denn es wird doch auch das Autorrecht der Schriftsteller und Künstler gewahrt, wenn sie das Verlagsrecht ihrer Werke einem anderen übertragen. Andererseits muß man erwägen, daß das Patentgesetz in seinen Grundlagen sich außerordentlich bewährt hat, so daß eine Reform des Patentgesetzes, die das Anmeldeprinzip beseitigt, nicht zu erwarten ist.

Man wird also davon zugehen haben, daß das Patenterteilungsverfahren mit der Ermittlung der Erfinderschaft nicht beschwert werden darf. Wie nun helfen? Am richtigsten erscheint mir der Vorschlag von Dr. Alexander-Katz zu sein, daß den Anmelder, der nicht selbst Erfinder ist, die Verpflichtung auferlegt wird, den Erfinder anzugeben und daß der Erfindername seitens des Patentamtes mitveröffentlicht wird. Hierdurch würde eine die Erfinderehre schützende Gesetzesbestimmung geschaffen. Das Interesse des Erfinders wird hierdurch gewahrt, da ihm bei absichtlicher Unterdrückung seines Namens § 823 Abs. 2, bei wissentlicher Angabe eines falschen Namens der § 824 Abs. 1 BGB. in manchen Fällen auch § 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zur Seite steht. Die zitierten Paragraphen des BGB. bestimmen eine Schadenersatzpflicht für die Fälle, in denen jemand vorsätzlich oder fahrlässig gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt, oder der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet, oder verbreitet, die geeignet ist, Nachteile für den Erwerb oder Fortkommen eines anderen herbeizuführen.

Diese Gesetzbestimmungen haben aber nur dem Ersatz eines Vermögensschadens zum Gegenstand. Ein solcher wird in den hier fraglichen Fällen nur selten eintreten, sofern er eintritt, wird er prozessual schwer nachweisbar sein. Der Vorschlag von Alexander-Katz bedürfte also, um praktisch wirksam zu sein, eine Ergänzung dahin, daß im Falle der Verletzung der Erfinderehre der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, einr angemessene Entschädigung in Geld verlangen kann.*) Dieser Vorschlag entwickelt einen bereits im BGB. enthaltenen Grundsatz weiter. Denn zum Schutz der weiblichen Ehre, bei Körperverletzungen, Gesundheitsschädigungen ist auch für den Ersatz des sogenannten immateriellen Schadens bereits gesorgt.

*) Vgl. Schanze in Nr. 16—17 der DJZ. 920.

Die Verwirklichung dieses Vortrages hätte auch noch einen weiteren Vorteil, auf den bis jetzt noch nicht hingewiesen worden ist. Ist nämlich bei der Patentanmeldung die Nennung des wahren Erfinders unterlassen worden, so hätte derselbe neben dem bereits erörterten Rechte auf Ersatz seines immateriellen und wirklichen Schadens auch das Recht, im Prozeßwege von dem Anmelder des Patentes die Abgabe einer Erklärung gegenüber dem Patentamte des Inhaltes zu verlangen, daß er der Erfinder des durch das Patent geschützten Gegenstandes sei. Beide Ansprüche könnten in einer Klage geltend gemacht werden. Gemäß § 894 ZPO. würde dann mit der Rechtskraft des Erkenntnisses, das den Anmelder zur Nennung des Klägers als des Urhebers der patentierten Erfindung verurteilt, diese Erklärung als abgegeben gelten. Das Patentamt hätte nachträglich den Namen des Erfinders in die Patentrolle einzutragen und auf Kosten der Anmelder zu veröffentlichen.

Die Klage auf Abgabe dieser Erklärung dem Patentamte gegenüber wäre besonders in solchen Fällen von Bedeutung, in denen es ungewiß ist, wer als Erfinder anzusehen ist, so wenn die ursprüngliche Erfindungsidee, die Problemstellung von einem anderen als dem technischen Ausgestellten derselben kommt. In solchen und ähnlichen Fällen ist es häufig außerordentlich schwierig, den wirklichen Erfinder festzustellen, so daß, da nach § 823 BGB. nur vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln eine Schadensersatzpflicht begründet, vielfach ein Anspruch auf Schadensersatz nicht vorhanden sein wird.

Im Interesse der Rechtssicherheit dürfte es sich auch empfehlen, zu bestimmen, daß dieser Anspruch des Erfinders die Erfindungsklage in einem Jahre — vielleicht auch in kürzerer Frist — von dem Tage, der über die Erteilung des Patentes erfolgten Bekanntmachung (§ 27 Abs. 1 PatG.) abgerechnet verjährt. Die Zweckmäßigkeit dieses Vorschlages ist m. E. ohne Weiteres ersichtlich; denn in den beteiligten Kreisen werden die Patentanmeldungen und -Erteilungen genau verfolgt. Schon die gehörige und nicht aussichtslose Patentanmeldung wird von dem Patentamte bekannt gemacht (§ 23 PatG.). Der Erfinder hat also genügend Zeit, für die Wahrung seiner Rechte zu sorgen. Auch bezüglich der Schadensersatzfrage dürfte es sich empfehlen, in Abänderung des § 852 BGB. eine gleich kurze Verjährungsfrist einzuführen.

Wenn auch der volle Schaden noch nicht innerhalb dieser Zeit ermittelt werden kann, — auch in 3 Jahren dürfte das meistens nicht geschehen

können — so kann doch mittels Feststellungsklage die Schadensersatzpflicht ausgesprochen werden. Dann sind wenigstens klare Verhältnisse geschaffen, wird für die Industrie und den Handel nicht blos erwünscht, sondern unbedingt erforderlich ist.

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, wie man z. B. in Verträgen in etwas wenigstens die Erfinderehre schützen und dem Angestellten in gewissen Maße die aus dem Ruhm, die Erfindung gemacht zu haben, folgenden Vorteile unzweifelhaft sichern kann. Dies kann nämlich dadurch geschehen, daß man in die Anstellungsverträgen eine Klausel aufnimmt, wonach bei Beendigung des Dienstverhältnisses dem Angestellten ein Zeugnis zu erteilen ist, in welchem u. a. auch die Erfindungen, die er während seines Dienstverhältnisses gemacht oder bei denen er in erheblichem Maße mitgewirkt hat, zu verzeichnen sind.*)

Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht.

Von **Dr. Hans Fritz Abraham**, Berlin.

II. (Fortsetzung.)[1]

Die Sanierung.

Die voraufgehenden Erörterungen haben uns mit den Grundzügen der Sanierungsformen vertraut gemacht. Wir gehen jetzt zu den stempelrechtlichen Fragen selbst über.

Reichs- und Landessteuern sind zu unterscheiden, innerhalb der Reichssteuern kommt der Emissions- und der Schlußnotenstempel in Betracht.[2])

Soweit es sich um die Entrichtung der Emissionssteuer handelt, wird uns ein Problem wiederholt, allerdings in verschiedenen Variationen, beschäftigen, nämlich die Frage, ob die Aktienurkunde durch die mit der Sanierung eintretenden Veränderungen zu einer neuen Urkunde im Sinne des Steuergesetzes wird. Nur wenn wir dies konstatieren, wenn durch die Sanierung neue Urkunden geschaffen werden, verfällt die Emissionssteuer, denn es ist bekanntlich das Wesen dieser Abgabe, daß sie für jede Urkunde nur einmal entrichtet wird, bei ihrer Schöpfung, bei ihrem ersten Eintritt in den Verkehr. Kommen wir also zu dem Schlusse, daß trotz der Sanierung die Aktienurkunden in ihrem alten Bestande erhalten bleiben, so verneinen wir die Emissionssteuerpflicht (vgl. § 5 Abs. 2 RStG.).

In der Beurteilung dieses Problems hat der höchste Gerichtshof nach langem Schwanken sich auf folgenden Standpunkt gestellt: die Aktienurkunde wahre ihre Identität, sofern sie nicht infolge der Transaktion unter eine ganz andere Rubrik des Steuergesetzes falle, oder die Person des Emittenten, oder der Nennbetrag geändert werde. Stempelrechtlich ohne Bedeutung sei dagegen insbesondere die Umwandlung einer Stammaktie in eine Vorzugsaktie oder die Beseitigung der Vorzugsrechte, unbeachtlich sei auch, daß die Urkunde nach der Sanierung einen anderen Bruchteil des gesamten Grundkapitals darstelle. Es komme für die Emissionssteuer lediglich auf den äußeren Bestand der Aktienurkunde an (vgl. RGE. 45, 87.)

Bei der Wichtigkeit dieses Problems für die nachstehenden Erörterungen erschien diese einleitende Skizzierung angemessen. Näheres werden wir bei der Besprechung der Einzelfragen kennen lernen.

* * *

Herabsetzung des Grundkapitals.

Erste Aufgabe der Sanierung ist, wie wir bereits oben betonten, die Beseitigung der Unterbilanz; ein Weg zu diesem Ziele ist die Herabsetzung des Grundkapitals.

I. Wir beginnen mit einer Prüfung der Frage, inwieweit durch die Kapitalherabsetzung die Entrichtung der Emissionssteuer veranlaßt wird.

Trotz Herabsetzung des Kapitals ist es nicht erforderlich, den Aktionären körperlich neue Urkunden auszuhändigen. Es genügt, wenn auf den alten Exemplaren durch eine Abstempelung zum Ausdruck gebracht wird, daß eine Reduktion des Grundkapitals stattgefunden hat.

A) Wir besprechen zunächst die steuerrechtlichen Folgen für den Fall, daß nur eine Abstempelung

*) In dem nach Fertigstellung der vorstehenden Abhandlung, die Gegenstand eines im technischen Verein zu Frankfurt gehaltenen Vortrages war, erschienenen Heft 1 der DJZ. von 1907, 7 verlangt Geh.-Rat. Prof. Dr. Heinrich Dernburg-Berlin die Einführung einer gesetzlichen Bestimmung, wonach der Patentnehmer — „Patentgeber" beruht wohl auf einen Druckfehler — verpflichtet sein soll, dem Erfinder schriftlich zu bezeugen, daß die Erfindung von ihm ganz oder zum größeren Teil herrühre. Eine solche gesetzliche Sonderbestimmung erscheint nicht erforderlich, da § 630 BGB. — auch § 73 HGB. — ganz allgemein für den in einem dauernden Dienstverhältnis Stehenden das Recht statuiert ein Zeugnis über seine Leistungen — und darunter fallen m. E. unzweifelhaft auch etwa gemachte Erfindungen oder die erhebliche Mitwirkung bei einer solchen — zu verlangen, so daß auch ohne die oben vorsorglich vorgeschlagene Vertragsklausel der Prinzipal in das Zeugnis einen entsprechenden Passus aufnehmen muß.

[1]) Vgl. S. 4.

[2]) Vgl. Jahrgang 1906 dieser Zeitschrift S. 61 u. 173.

der alten Aktien, nicht eine Aushändigung neuer Ersatzurkunden erfolgt.

a) Der Nennbetrag sämtlicher Aktien wird herabgesetzt; z. B.: die Aktien, die bisher über 1200 Mk. gelautet haben, weisen nach der Sanierung nur einen Nennbetrag von 1000 Mk. auf. Die Aktienurkunden selbst bleiben als solche bestehen. — Hier findet eine Änderung des Nennbetrages statt, eine Tatsache, die für die stempelrechtliche Bedeutung einer Aktie nach der Anschauung des Reichsgerichts wesentlich ist. Indessen diese Veränderung ist eine Verminderung. Die geringere Summe ist in dem höheren Betrage enthalten. Ist der Mehrbetrag versteuert, so ist es nicht erforderlich den verbliebenen Rest von neuem zu verstempeln. Die Verringerung des Nennbetrages führt nicht zur Entrichtung des Emissionsstempels. (Vgl. RGE. 18, 53; Leist a. a. O. 106; Ausf. Best. z. RStG. von 1906 § 20 Abs. 2 und 3.)

b) Die Herabsetzung des Grundkapitals kann auch in der Form der Zusammenlegung erfolgen. Eine Aktie oder mehrere derselben werden eingezogen, verschwinden völlig aus dem Verkehr. Nur ein Teil der Aktien bleibt bestehen. Z. B.: Von je drei Anteilen werden zwei vernichtet, eine Aktie, auf welcher die Fortexistenz durch einen Stempelaufdruck vermerkt wird, wird zurückgegeben. — Eine Emissionssteuer kann nur hinsichtlich der übrig gebliebenen Anteile in Frage kommen. Hierbei ist zu unterscheiden:

1) Der Nennbetrag der zusammengelegten Aktie bleibt unverändert. Es liegt lediglich eine Abandonnierung einer gewissen Anzahl von Aktien vor. Eine Emissionssteuer ist nicht verfallen. (vgl. RGE. 37, 119; Staub HGB. 8. Aufl. Anm. 16 zu § 290; Leist a. a. O. 106.)

2) Der Nennbetrag der zusammengelegten Aktie wird erhöht, z. B. von den drei eingelieferten Aktien werden zwei vernichtet, die dritte, bisher auf 1000 Mk. lautende, wird auf 1200 Mk. abgestempelt. — Die zusammengelegte Aktie unterliegt der Emissionssteuer, denn ihr Nennbetrag ist verändert, und zwar in diesem Falle erhöht. Es war früher zweifelhaft, ob im Falle der Erhöhung des Nennbetrages die Emissionssteuer für den ganzen Betrag — hier 1200 Mk. — entrichtet werden müsse, oder ob es genüge, die Steuer für den Betrag zu zahlen, um den der Nennbetrag erhöht werde, hier 200 Mk. (Vgl. RGE. 18, 51; Bendixen in dieser Zeitschr. 1898, 81.) Diese Streitfrage ist indessen durch die Ausf. Best. z. RStG. bereits im Jahre 1900 erledigt worden. § 20 Abs. 2 u. 3 in heutiger Fassung bestimmt, daß nur der Mehrbetrag zu versteuern sei.

3. Der Nennbetrag der zusammengelegten Aktie wird verringert. — Entsprechend unseren Ausführungen zu a) verfällt eine Emissionssteuer nicht.

c) Die zu a) und b) entwickelten Resultate bleiben dadurch unberührt, daß die zusammengelegte oder herabgesetzte Aktie einen inneren Wert erhält, der ihren Nennbetrag übersteigt. Wenn eine sehr weitgehende Sanierung vorgenommen wird, kann es vorkommen, daß die reduzierte Aktie einen solchen Agiowert besitzt. Nehmen wir an, es hätten drei über je 1000 Mk. lautende Aktien vor der Sanierung zusammen noch einen Wert von 1300 Mk. gehabt. Gleichwohl habe man sich veranlaßt gesehen, zwei Aktien völlig zu vernichten und den Nennbetrag der übriggebliebenen Aktien unverändert zu lassen. Der zusammengelegte Anteil hätte dann einen Wert von 1300 Mk. und würde auch an der Börse zu einem entsprechenden Kurse gehandelt. — Ein solcher Agiowert führt nicht zu einer Versteuerung der zusammengelegten Aktie. Nur der Nennbetrag ist für die Emissionssteuer maßgebend; die einzige Ausnahme, die das Gesetz von diesem Prinzipe macht, nämlich in TSt. 1a bei der Neuausgabe inländischer Aktien, trifft hier nicht zu. Steuertechnisch liegt auch keine Veranlassung vor, für diesen Agiowert eine Abgabe zu fordern; denn die Steuer ist bereits früher für die Schöpfung der vernichteten Aktien entrichtet und die übriggebliebene Aktie stellt wirtschaftlich nur ein Residuum der alten Anteile dar.

Hiernach ist es jedenfalls stempelrechtlich unzweckmäßig, die zusammengelegte Aktie mit einem erhöhten Nennbetrage auszustatten; denn, wie wir sahen, der Erhöhungsbetrag unterliegt der Emissionssteuer. Dem Aktionär wird es aber außerordentlich gleichgiltig sein, ob seine Aktie einen Nennbetrag von 1200 Mk. oder von 1000 Mk. hat. Dem Mitgliede kommt es auf den inneren Wert seines Anteiles an. Wenn dieser den Nennbetrag übersteigt, so kann die Aktiengesellschaft die Urkunden gleichwohl unverändert lassen und hierdurch die Entrichtung der Emissionssteuer sparen. Der Handelswert der Aktie, der für das Mitglied allein wesentlich ist, wird sich ohnedies nach dem inneren Werte richten.

d) Bisweilen verzichten gelegentlich der Kapitalherabsetzung die Vorzugsaktionäre auf ihr Vorzugsrecht. Die hierdurch eingetretene Umwandlung der Vorzugsaktie in eine Stammaktie zwingt nicht zu neuer Versteuerung. (Vgl. RGE. 40, 12; FME. v. 16. 4. 1898, CBl. 98, 222.)

e) An Stelle der erloschenen Aktien wird im Falle der Zusammenlegung den Aktionären häufig ein Genußschein gewährt. Über das Wesen dieser Genußscheine ist weiter unten Näheres zu

berichten. Hier ist hervorzuheben, daß Genußscheine, die als Ersatz anstelle erloschener Aktien ausgegeben werden, einer besonders geringen Emissionssteuer im Betrage von 50 Pfg. für jede Urkunde unterliegen (Anm. z. TSt. 1 u. 2 RStG. Buchst. a).

B) Wir sind bisher davon ausgegangen, daß die Änderung der Rechtsverhältnisse auf den Aktien nur durch einen Stempelaufdruck kenntlich gemacht wird. Es steht den Gesellschaften aber auch frei, die alten Aktien durch körperlich neue Urkunden zu ersetzen. Für diese Ersatzstücke gilt dasselbe wie für die abgestempelten alten Urkunden. Nur wenn sie auf einen höheren Nennbetrag lauten, sind sie nach Maßgabe des Mehrbetrages zu versteuern. (Vgl. Ausf. Best. z. RStG. § 20 Abs. 2; da eine entsprechende Bestimmung bereits in den Ausführungsbestimmungen von 1900 enthalten war, sind mir die Zweifel Leist's — a. a. O. 106 — nicht verständlich.)

a) Es ist neuerdings mehrfach in der Theorie und Praxis darüber gestritten worden, wie es zu halten sei, wenn Ersatzurkunden in der Weise ausgegeben werden, daß ohne Änderung der Aktienrechte lediglich die einzelnen Abschnitte neu bestimmt werden, daß z. B. anstelle einer Urkunde im Nennbetrage von 2000 Mk. zwei Urkunden zu je 1000 Mk. treten oder umgekehrt, daß für zwei Urkunden zu je 1000 Mk. eine einzige über 2000 Mk. gewährt wird. — Gelegentlich der Sanierungstransaktionen kommt eine derartige Änderung der Appoints bisweilen in Frage.

Die neuen Abschnitte sind von der Emissionssteuer befreit, sofern sie als Wertpapiere anzusehen sind, die lediglich zum Zwecke des Umtausches, d. h. behufs Erneuerung der Urkunde ohne Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, ausgestellt sind. (§ 5 Abs. 2 RStG.) Auf Grund der zitierten Gesetzesbestimmung ist von der preußischen Steuerverwaltung die Stückelung des Nennbetrages, z. B. der Ersatz eines Schriftstückes über 2000 Mk. durch 2 Schriftstücke über je 1000 Mk. für stempelfrei angesehen worden (vgl. FME. 17. 3. 04 III, 3604 bei Loeck Komm. z. RStG. 9. Aufl. S. 199 Ziff. 22). In der badischen Steuerpraxis scheint nach den Mitteilungen Zimmermann's (im Bankarchiv 5, 224) das Gegenteil angenommen zu werden. Zimmermann meint, als Ersatzurkunde für ein eingezogenes Wertpapier könne immer nur eine Urkunde in Betracht kommen. In dem erwähnten Beispiele könne zwar das eine über 1000 Mk. lautende Schriftstück unversteuert bleiben, für das andere verfalle indessen der Emissionsstempel. Ich finde im Gesetze keine Stütze für Zimmermanns Ansicht. Jedenfalls wäre es zweckmäßig, die störenden und wissenschaftlich ziemlich unfruchtbaren Zweifel über die Frage durch eine Ausführungsbestimmung für das ganze Reich zu regeln.

Werden mehrere Urkunden zu einer einzigen zusammengefaßt, z. B. zwei Schriftstücke über je 1000 Mk. zu einem einzigen über 2000 Mk., so wird unter Berücksichtigung der geltenden Ausführungsbestimmungen eine Versteuerung der Ersatzurkunde nach Maßgabe des Erhöhungsbetrages nicht zu umgehen sein. § 20 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen zum RStG. knüpft die wiederholte Stempelpflicht schlechthin an die Tatsache, daß eine Urkunde zu einem höheren Nennbetrage ausgegeben wird, als eine solche bisher existierte. Dieser Tatbestand ist in dem Beispiele gegeben. Eine Urkunde über 2000 Mk. ist vor der Zusammfassung nicht vorhanden. § 20 ist nicht in dem Sinne auszulegen, daß nur bei einer Vermehrung des Grundkapitals, bei einer Kapitalerhöhung die Emissionssteuer zu entrichten sei. Die Steuer ist vielmehr an den äußeren Bestand der Urkunde geknüpft. Ebenso wie es möglich ist, daß trotz einer Kapitaländerung der Urkundenstempel nicht verfällt, weil die Urkunde dieselbe bleibt, ebenso gut kann die Abänderung der Urkunde eine Steuerpflicht nach sich ziehen, obgleich ihr eine Kapitalverschiebung nicht zu Grunde liegt. (Vgl. RGE. 27. 12. 99, CBl. f. Abg. Verw. 1900, 271.) Würde man die Zusammenfassung zweier Urkunden zu einer einzigen für steuerfrei halten, so würde § 20 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen z. RStG. einen wesentlichen Teil seiner Bedeutung verlieren. Wir haben oben (Ab 2) die Transaktion besprochen, die zwei Urkunden über je 1000 Mk. durch einen Abschnitt über 1200 Mk. ersetzt. Wir bemerkten, daß bei dieser Gestaltung der Erhöhungsbetrag von 200 Mk. zur Emissionssteuer herangezogen werde. Wäre die Zusammenfassung zweier Aktien über je 1000 Mk. zu einem Schriftstück über 2000 Mk. steuerfrei, so würde es ein Leichtes sein, die Versteuerung des Erhöhungsbetrages zu umgehen. Man könnte zunächst aus den beiden Urkunden über je 1000 Mk. eine einzige im Nennbetrage von 2000 Mk. bilden. Hierfür würde nach der bekämpften Ansicht eine Steuer nicht verfallen. Sodann würde man den Nennbetrag der über 2000 Mk. lautenden Aktie auf 1200 Mk. herabsetzen, ein Verfahren, das nach unseren Darlegungen (oben zu Aa) ebenfalls steuerfrei bleibt. Das Ergebnis widerspricht dem Sinn der geltenden Ausführungsbestimmungen, die Prämisse kann nicht gebilligt werden, die Zusammenfassung mehrerer Urkunden zu einem einzigen Exemplare ist als steuerpflichtig anzusehen. (Ebenso Zimmermann a. a. O. und die preußische Finanzverwaltung; AM. Staub HGB. 8. Aufl. § 290

Anm. 16 und Leist a. a. O. 106 Anm. 5.) — Auch diese Frage wäre zweckmäßig durch eine klare Ausführungsbestimmung dem Zweifel entzogen.

b) Der Austausch der Aktien bei einer Sanierung vollzieht sich nicht in der Weise, daß jeder Aktionär, der Anteilscheine einreicht, Aktien zurückerhält. Bereits in früheren Erörterungen ist auf das Wesen der sogenannten „Spitzen" hingewiesen worden. Durch die Herabsetzung des Grundkapitals wird ein Teil der Mitgliedschaften soweit gemindert, daß sie nicht mehr den Nennbetrag einer Aktie darstellen. Wer in dieser Weise seine Mitgliedschaft einbüßt, wird regelmäßig durch Geld abgefunden. Die frei werdenden Anteile, die sogenannten „Spitzen" werden durch gemeinschaftliche Veräußerung verwertet. — Auch diese „Spitzen" sind in den Grenzen des § 5 Abs. 2 RStG. und des § 20 der Ausf. Best. von der Emissionssteuer befreit, obgleich sie nicht an die bisherigen Mitglieder zurückgelangen, sondern für ihre Rechnung veräußert werden.

Die geschilderte Verwertung der Spitzen ist ohne weiteres nur dann möglich, wenn der einreichende Aktionär seine Einwilligung dazu erteilt. Tut er dies nicht, oder unterläßt er überhaupt trotz Aufforderung die Einreichung der Aktie, so werden seine Anteile nach vorangehender Androhung für kraftlos erklärt. Die Kraftloserklärung geschieht durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern. Die neuen Aktien, welche anstelle der für kraftlos erklärten Anteile treten, werden für Rechnung der Beteiligten durch die Gesellschaft verkauft. (§ 290 HGB.)

Auch die Papiere, die den Ersatz der für kraftlos erklärten Urkunden bilden, sind in den Grenzen des § 5 Abs. 2 RStG. und der Ausführungsbestimmungen von der Emissionssteuer befreit. § 20 Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen stellt diesen Rechtssatz nur hinsichtlich der gerichtlich für kraftlos erklärten Stücke auf. In dem Falle des § 290 HGB. handelt es sich allerdings nicht um eine gerichtliche Kraftloserklärung, sondern um eine private Bekanntmachung. Die Steuerbefreiung ist aber auch auf diesen Fall auszudehnen. (Vgl. Bescheid des Provinzial-Steuerdirektors in Berlin im Bankarchiv 3, 158, FME. im CBl. f. Abg. V. 1898, 331; Leist a. a. O. 107; Staub HGB. 8. Aufl. § 290 Anm. 16.)

II. Unsere vorangehenden Erörterungen haben sich lediglich auf die Entrichtung des Emissionsstempels bei der Kapitalherabsetzung bezogen. Wir befassen uns jetzt mit dem Probleme der Schlußnotenbesteuerung innerhalb der gleichen Transaktionen.

Die Schlußnotensteuer setzt das Vorhandensein eines Anschaffungsgeschäftes oder einer nach TSt. 4a Abs. 2 RStG. dem Anschaffungsgeschäft gleichgestellten Ausreichung junger Aktien voraus. Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß ein Geschäft dem Schlußnotenstempel dann nicht unterliegt, wenn die Ausreichung der neuen Urkunden sich als ein emissionssteuerfreier Akt im Sinne des § 5 Abs. 2 des RStG. darstellt. Nur wenn eine neue Emission von Aktien vorgenommen wird, kommt eine erstmalige Ausreichung von Aktienurkunden in Frage. Handelt es sich um einen bloßen Urkundenaustausch ohne Änderung der Rechtsverhältnisse, so ist weder Emissions-, noch Schlußnotensteuer zu entrichten.

Eine Schlußnotensteuer verfällt demnach nicht, wenn die bisherigen Aktien nach Abstempelung auf einen geringeren Nennbetrag zurückgegeben werden, wenn von zwei Aktien nach Vernichtung der einen nur die andere erhalten bleibt, oder wenn eine Vorzugsaktie in eine Stammaktie umgewandelt wird. Und zwar ist in allen Fällen gleichgiltig, ob die alten Urkunden nur abgestempelt, oder ob neue Ersatzurkunden ausgereicht werden (vgl. oben I A a, b 1, d).

B) Besondere Betrachtung erfordert der Fall, daß anstelle mehrerer Aktienurkunden eine einzige Urkunde tritt, die einen höheren Nennbetrag als die bisherigen Abschnitte aufweist. Als Beispiel erwähnten wir oben (I A b 2), daß für zwei Aktien über je 1000 Mk. ein Schriftstück über 1200 Mk. gewährt wird. Die Emissionssteuer ist hier, wie bereits dargestellt, in Höhe des Mehrbetrages von 200 Mk. zu zahlen. Die neue Urkunde ist demnach von der Emissionssteuer nicht befreit. Mangels einer derartigen Befreiung wäre, sofern nicht andere Vorschriften eingreifen, die Schlußnotensteuer verfallen, und zwar nach TSt. 4a Sp. 4 RStG. nach dem vollen Werte der Aktie. Eine entsprechende Anwendung der für den Emissionsstempel vorgesehenen Ermäßigung wäre nicht möglich.

Das Ergebnis erfährt eine Änderung durch § 16 Abs. 1. RStG. Hier ist Steuerfreiheit für diejenigen Tauschgeschäfte angeordnet, bei denen verschiedene Abschnitte von Wertpapieren derselben Gattung ohne anderweite Gegenleistung Zug um Zug umgetauscht werden. Das RG. hat nun in der Entsch. 46, 34 angenommen, daß der Austausch von Aktienurkunden mit verschiedenen Nennbeträgen auch dann steuerfrei sei, wenn die eine Reihe der ausgetauschten Papiere erst infolge des Geschäftes in den Verkehr gelangt, während die andere Serie von Urkunden dem Verkehr entzogen wird. Das ist unser Fall. Ich kann allerdings der Begründung des RG. insoweit nicht

zustimmen, als es hier noch einen Tausch als vorliegend erachtet. Ein Tausch setzt meines Erachtens voraus, daß beide Effektengattungen, die ausgewechselt werden, bestehen bleiben. Hinsichtlich beider Leistungen müßte ein Anschaffungsgeschäft — oder eine diesem gleichgestellte Neuausgabe — vorliegen. Die Einziehung der zur Vernichtung bestimmten Stücke ist aber kein Anschaffungsgeschäft mehr (vgl. allg. Anw. z. RStG. vom 25. 9. 1885 D). Werden daher neue Urkunden gegen Einziehung der bisherigen Papiere ausgereicht, so liegt m. E. weniger als ein Tausch vor. Aber es steht nichts im Wege, die Befreiungsvorschrift des § 16 auf dies Geschäft anzuwenden, sofern die übrigen Voraussetzungen des Gesetzes zutreffen. Es muß sich also einmal darum handeln, daß verschiedene Abschnitte ausgewechselt werden. Dies ist der Fall, wenn anstelle zweier Urkunden über je 1000 Mk. eine einzige über 1200 Mk. tritt. Ferner muß es sich um Wertpapiere derselben Gattung handeln, d. h. die Urkunden, die anstelle der eingezogenen Papiere bei der Sanierung treten, müssen derselben Aktiengattung wie die bisherigen Anteile angehören. Die Gattungsgleichheit im Sinne dieser Bestimmung ist ein engerer Begriff, als die Urkundenidentität, die nach § 5 Abs. 2 RStG. zur Ersparnis der Emissionssteuer führt. Wir bemerkten oben, daß nach § 5 Abs. 2 RStG. eine Emissionssteuer nicht verfällt, wenn eine Aktie ihre Vorzugsrechte verliert, wenn eine Stammaktie zur Vorzugsaktie erhoben wird, oder sonst eine Änderung der internen Rechtsverhältnisse eintritt, sofern nur die Urkunde eine Aktie derselben Gesellschaft bleibt, und der Nennbetrag nicht erhöht wird; die Urkunde wahrt, von den bezeichneten Ausnahmen abgesehen, als Emissionssteuerobjekt ihre Identität. Für die Umsatzsteuerbefreiung des § 16 Abs. 1 gelten indessen Urkunden nicht mehr als Wertpapiere derselben Gattung, wenn, abgesehen von der Abweichung ihrer Nennbeträge, noch ein anderer Rechtsunterschied zwischen ihnen besteht. Vorzugsaktien und Stammanteile derselben Aktiengesellschaft sind z. B. im Sinne des § 16 nicht mehr Wertpapiere derselben Gattung. (Vgl. über den Begriff der Gattungsgleichheit FME. 22. 6. 99 und 2. 4. 02 bei Loeck RStG. S. 222 Ziff. 74 und 76.) — Wird daher durch die Sanierung, abgesehen von der Veränderung der Nennbeträge, noch ein weiterer Unterschied zwischen den Aktien vor und nach der Transaktion geschaffen, wird z. B. auf Vorzugsrechte verzichtet, so ist eine Schlußnoten-Steuerbefreiung nach § 16 Abs. 1 RStG. ausgeschlossen.

Eine fernere Voraussetzung für die Steuerbefreiung aus § 16 ist, daß die Wertpapiere ohne anderweite Gegenleistung ausgetauscht werden. Diese Bedingung ist in unserem Beispiele erfüllt. Für die Einlieferung der bisherigen Anteile werden als Gegenleistung die zusammengelegten Aktien ausgereicht. Ein anderweites Entgelt kommt nicht in Frage.

Gleichgiltig ist auch für die Anwendung des § 16 RStG., ob eine Ersatzurkunde ausgegeben, oder ob die alte Aktie durch einen Stempelaufdruck verändert wird. Es mutet zwar eigentümlich an, von einem Tauschgeschäfte zu sprechen, wenn eine und dieselbe Urkunde eingereicht und mit einem Stempelaufdruck versehen zurückgegeben wird. Beim Tauschgeschäft denkt man stets an die Auswechselung mehrerer Güter. Bei der von uns geschilderten Transaktion tritt aber die Urkunde, die den Gegenstand der einen Leistung bildet, in dem Augenblicke aus dem Verkehr, in dem das die Gegenleistung darstellende Papier ausgegeben wird. Auf diese Weise wird es möglich, daß Gegenstand des Tausches eine und dieselbe körperliche Urkunde ist. Wie bereits betont, vermag ich in diesem Geschäft, im Gegensatze zum Reichsgericht, einen eigentlichen Tausch auch garnicht zu sehen. Im Ergebnis stimme ich allerdings dem Reichsgericht zu. Wir wiederholen: Wenn mehrere Aktienurkunden in der Weise zusammengelegt werden, daß der Nennbetrag der übrigbleibenden Aktie erhöht wird, ohne daß eine sonstige Änderung der Rechtsverhältnisse eintritt, so ist daß Geschäft nach § 16 Abs. 1 RStG. steuerfrei. Nur wenn die Rechtsverhältnisse der Aktien auch sonst geändert werden, verfällt die Schlußnotensteuer. Sie ist in diesem Falle nach dem vollen Börsenwerte, und wenn ein solcher nicht existiert, nach dem inneren Wert der Aktie zu berechnen. Dieser innere Wert wird, wie wir früher (vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschrift 63) mehrfach auseinandergesetzt haben, nach dem Wertedes auf den einzelnen Anteil entfallenden Gesellschaftskapitals berechnet.

C) Wird anstelle der erloschenen Aktienrechte ein Genußschein gewährt, so ist für die Ausreichung des Genußscheins nach TSt. 4a Ziff. 3 RStE. eine Schlußnotensteuer von $^3/_{10}$ % zu entrichten. Eine Steuerermäßigung, wie bei dem Emissionsstempel greift nicht Platz. (Vgl. oben I Ac.)

D) Werden gelegentlich der Sanierung die einzelnen Abschnitte der Aktien geändert, wird z. B. eine Urkunde im Nennbetrage von 2000 Mk. durch zwei Papiere über je 1000 Mk. ersetzt, oder werden umgekehrt zwei Urkunden über je 1000 Mk. zu einer einzigen über 2000 Mk. vereinigt, so ist, sofern eine Rechtsänderung im übrigen nicht eintritt, eine Schlußnotensteuer nicht verfallen. Eine Umsatzsteuer wird durch den bereits besprochenen § 16 Abs. 1 RStG. in beiden Fällen ausge-

schlossen (vgl. RGE. 46, 34 bei Loeck a. a. O. 222 Ziff. 74). — Bei der Frage nach der Entrichtung der Emissionssteuer hatten wir zwischen der Stückelung und der Zusammenfassung der Urkunden zu unterscheiden. (Vgl. I Ba.)

E) Die Verwertung der Spitzen durch Verkauf an dritte Personen ist als ein selbständiges Anschaffungsgeschäft der Schlußnotenbesteuerung unterworfen.

III. Der Kapitalherabsetzungsbeschluß bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und unterliegt nach preußischem Landesrecht infolgedessen einer Steuer von Mk. 1,50. (Vgl. §§ 259, 274 HGB. und TSt. 45, 53 des Pr. StG.)

Damit dürften die Steuerfragen, die bei einer Sanierung hinsichtlich des Kapitalsherabsetzungsbeschlusses auftauchen, im wesenlichen besprochen sein.

* * *

Aktienamortisation.

Wir wenden uns jetzt der Aktienamortisation zu, die, wie bereits hervorgehoben, im Rahmen der Sanierung den gleichen Zweck wie die Kapitalherabsetzung, nämlich die Beseitigung der Unterbilanz anstrebt. Nach § 227 Abs. 2 HGB. bedarf die Aktienamortisation der Form der Kapitalherabsetzung, soweit sie nicht aus den Mitteln des Reingewinns erfolgt, also stets dann, wenn sie verlusttilgend wirken soll.

Wird die Amortisation durch einen gewöhnlichen Kauf vorbereitet, so ist für diesen die Schlußnotensteuer zu entrichten. Werden dagegen ausgeloste, gekündigte oder sonst irgendwie bestimmte Aktien ausdrücklich zum Zwecke der Vernichtung von den bisherigen Inhabern eingeliefert, so stellt diese Einreichung kein Anschaffungsgeschäft dar, sie unterliegt nicht der Schlußnotensteuer. (Vgl. Allg. Anw. z. RStG. von 1885 D., bei Loeck a. a. O. 167.) Diese Steuerfreiheit bezieht sich indessen nur auf die Einreichung bei den zur Einlösung der Anteile bestimmten Stellen. Der sonstige Umsatz ausgeloster Stücke, wie er z. B. dadurch möglich wird, daß der Kunde eines Provinzialbankiers dem letzteren das ausgeloste Stück überreignet, worauf dieser selbst die Aktie erst bei der Einlösungsstelle präsentiert, ist steuerpflichtig; denn auch die ausgeloste Aktie ist noch immer Gegenstand eines stempelflichtigen Anschaffungsgeschäftes. In Bankierkreisen ist die Steuerpflicht der Umsätze in ausgelosten Stücken zu Recht beklagt worden. Die Aktie, die nicht mehr ein dauerndes Mitgliedschaftsrecht, sondern eine fällige Kapitalforderung darstellt, ist nicht mehr umlaufsfähig, sie hat für den Bankier kaum eine andere Bedeutung, als eine Rimesse, als ein Wechsel auf den Aussteller der Aktie. (Vgl. Verhandlg. des 2. deutschen Bankiertages S. 81.) Es wäre nicht unangemessen, durch eine Ausführungsbestimmung den Verkehr in ausgelosten Stücken für steuerfrei zu erklären.

Sobald das in einer Aktienurkunde verkörperte Aktienrecht durch Amortisation untergegangen ist[8]) im allgemeinen also nach Einlieferung der Aktie, bei freihändigem Aufkauf mit der nachträglichen Durchführung der Amortisation, hat das Wertpapier seine rechtliche Bedeutung verloren. Es steht zwar nichts im Wege, das übriggebliebene Stück Papier bei der Ausgabe neuer Aktien zu verwerten. Diese Verwertung stellt aber eine Neuemission dar und ist nicht etwa deshalb vom Effektenstempel befreit, weil die Urkunden schon früher einmal versteuert waren. Das Papier mag dasselbe geblieben sein, im Rechtssinne handelt es sich um neue Urkunden. (Vgl. RGE. vom 24. 3. 1899, JW. 99 S. 284: unrichtig Bendixen bei Holdheim 1898 S. 81.)

Damit sind auch die hier in Betracht kommenden Fragen erledigt.

Unsere Aufgabe führt uns nunmehr zur Besprechung derjenigen Transaktionen, die der Beschaffung neuen Kapitals dienen. Gerade innerhalb dieses Gebietes haben die Stempelsteuerfragen zu interessanten Rechtsschöpfungen geführt, die uns in einem folgenden Aufsatze beschäftigen mögen.

Zur Frage des § 1333 des österreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches.

Von **Hermann Freund** in Wien.

I.

Das österreichische Justizministerium plant eine Neuregelung des gesetzlichen Zinsfußes und hat sich deshalb an das Handelsministerium gewendet, damit es die Handels- und Gewerbekammern zu einem Gutachten hierüber auffordere.

Die Handels- und Gewerbekammern haben wieder an die verschiedenen wirtschaftlichen Korporationen und Kreditinstitute eine Zuschrift gerichtet, mit welcher ihnen eine Reihe von diesbezüglichen Fragen zur Beantwortung vorgelegt wurden.

Zu diesen Fragen gehört auch folgende: „Empfiehlt es sich im Falle des Zahlungsverzuges in Ansehung

[8]) Vgl. über die vielfach abweichenden Meinungen in der Literatur: Runkel-Langsdorff, Die Folgen des Erwerbs eigner Aktien S. 94 ff.

einer Geldforderung die Geltendmachung eines die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigenden Schadens zuzulassen?" (Vgl. §§ 1333, 1334 allg. BGB., Art. 283, 287 Allg. Hand. Gesetz vom 17. 12. 1862.)

Die hier zu behandelnde Frage läßt sich weniger vom Gesetzesparagraphen loslösen und vom rein wirtschaftlichen Gesichtspunkte erörtern als die übrigen in der obigen Zuschrift enthaltenen Fragen. Denn die von unserem Gesetz bezüglich des Schadenersatzes aufgestellten Regeln sind von so allgemeiner Geltung, daß man im speziellen Falle, nur wenn Gründe wirklich zwingendster Natur vorhanden sind, von ihnen abgehen kann, ohne mit dem Geiste des ganzen Gesetzes in Konflikt zu geraten.

Zwei wichtige Grundsätze unseres allg. BGB. bezüglich des Schadenersatzes sind:

1) Kein Schadenersatz ohne Verschulden, mit Ausnahme der im Gesetze (§§ 1307 - 1310) ausdrücklich ausgenommenen Fälle.

§ 1306 sagt: „Den Schaden, welchen jemand ohne Verschulden .... verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig."

2) Das Maß des jeweiligen Schadenersatzes richtet sich nach dem Grade des Verschuldens. §§ 1323 und 1324:

Bei dolus und culpa lata ist sowohl damnum emergens als auch lucrum cessaus zu ersetzen, bei culpa levis nur damnum emergens.

Bei Aufstellung dieser allg. Grundsätze macht das Gesetz nirgends einen Unterschied, durch welche spezielle Handlung oder Unterlassung ein Schaden zugefügt worden ist. § 1285 spricht vielmehr ganz allgemein: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern ..."

Da nun jemandem auch durch Leistungsverzug ein Schaden zugefügt werden kann, so sind wir nach obigem § 1295 berechtigt und verpflichtet, die allgemeinen Regeln des Schadenersatzes mindestens auch auf den Fall anzuwenden, wo durch verschuldeten (denn es gibt doch auch unverschuldeten) Leistungsverzug ein Schade zugefügt worden ist.

Darüber sind denn auch im Prinzip Theorie und Praxis einig.

Wenn es sich nun aber um den Schaden handelt, der aus Verzögerung einer Geldzahlung entstanden ist, dann behauptet, gestützt auf den Wortlaut des § 1333 allg. BGB., die Mehrzahl der österreichischen Juristen, daß hier die lex generalis des § 1324 der lex specialis des § 1333 zu weichen habe, und daß ohne Rücksicht auf die Höhe des Schadens und den Grad des Verschuldens nur die Verzugszinsen des geschuldeten Kapitals zu entrichten seien; die Geltendmachung eines höheren Schadens sei ausgeschlossen.

Dieser Ansicht sind u. a. Hasenöhrl, Rippel, Winiwarter, Strohal (3 Gutachten), Stubenrauch, Randa in der Gerichtszeitung vom J. 1869 und jetzt auch Krainz in der neuesten Auflage (1906).

Andere wie früher Krainz Kirchstetter und Unger wollen auch in diesem Falle die allg. Regeln des § 1324 angewendet wissen.

Es ist hier nicht am Platze, sich in eine Besprechung und Kritik der einzelnen hier ausgesprochenen Meinungen einzulassen, nur das sei bemerkt, daß keiner der obengenannten Autoren seine Meinung ausführlich und überzeugend begründet hat.

Und das ist schade, denn 1. ist die Frage praktisch und theoretisch nicht belanglos und 2. ist es einigermaßen auffallend, daß weder die Vertreter der ersteren Ansicht, die offenbar der Billigkeit nicht entspricht, noch die der zweiten, die den Buchstaben des Gesetzes gegen sich hat, es der Mühe wert gefunden haben, die wichtigsten Bedenken zu zerstreuen.

Im folgenden will ich nun versuchen, zu einer befriedigenden Lösung dieser Streitfrage zu gelangen.

Zu diesem Zwecke muß ich folgendes vorausausschicken resp. wiederholen: Die Frage, wie ich sie mir zur Beantwortung stelle, ist die folgende: Kann bei verschuldetem Leistungsverzug in der Zahlung einer Geldsumme, z. B. wenn der Schuldner absichtlich nicht zahlt, der Gläubiger einen 5% Verzugszinsen übersteigenden Schadenersatz geltend machen?

Hier sowie im folgenden werde ich nur von verschuldetem Leistungsverzug sprechen, denn die heute in Österreich herrschende Meinung behauptet auch im Falle des verschuldeten Leistungsverzuges ausdrücklich: § 1333 BGB. schließt die Mehrforderung aus. § 1333 lautet:

Der Schaden, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des schuldigen Kapitales zugefügt hat, wird durch die vom Gesetze bestimmten Zinsen vergütet.

Die Ansicht der Minderheit aber ist: § 1333 gestattet die eventuelle Mehrforderung.

Nun könnte aber jemand mit einer dritten Meinung kommen und mit dieser nicht bloß den eben erwähnten Widerstreit der Ansichten beilegen sondern auch noch überdies unserer ganzen Streitfrage den Boden entziehen.

Und das wäre die folgende Ansicht: „§ 1333 spreche weder von irgend einer anderen Schadensgutmachung als der durch Verzugszinsen. Er regele also nur die Frage, wann Verzugszinsen zu zahlen seien', gedenke aber nicht im geringsten der Frage, ob nicht manchmal auch mehr als Verzugszinsen gefordert werden könne.

Da diese Frage aber expressis verbis auch in keinem anderen Paragraphen des BGB. geregelt sei, müßten hier wieder die allgemeinen Regel des BGB über Schadenersatz zu Ehren kommen, d. h.: Auch bei Verzug von Geldzahlungen könne das gesamte lucrum und damnum gefordert werden."

Auf diese Weise könnte man nun allerdings um die Klippe des § 1333 herum zu einer befriedigenden und erfreulichen Entscheidung der ganzen Sache kommen.

Aber auf diesem kurzen Wege geht das denn doch nicht; und zwar deshalb nicht, weil § 1333 eben *vielmehr* als bloß die besonderen Ausnahmsregel über den Schadenersatz durch Verzugszinsen enthält; wie ich später noch ausführlich zeigen werde, ist er *ganz sicher* auch zur Regelung unserer Frage bestimmt, d. h., er enthält auch darüber Bestimmungen, ob *mehr* als Verzugszinsen gefordert werden kann.

Infolgedessen müssen wir schon die oben erwähnte gar zu einfache Abtuung unserer Streitfrage fallen lassen und uns nunmehr ernstlich mit der Interpretition unserer Hauptquelle, des § 1333 beschäftigen.

Wenn wir zunächst annehmen, daß der § 1333 wirklich das sagen *will*, was er (nach herrschender Ansicht) zu sagen *scheint*, so könnte diese grundverschiedene Behandlung von Geldleistungen und anderen Leistungen nur von 2 Gesichtspunkten aus gerechtfertigt werden:

1) Entweder ist der Verzug in der Leistung eine geschuldeten Geldsumme nicht imstande, dem verkürzten Gläubiger einen größeren Schaden zuzufügen, als den Verlust der landesüblichen Zinsen, die eben durch die Verzugszinsen ersetzt werden sollen, oder

2) Geldleistung und Leistung von anderen Sachen sind derartig, sowohl rechtlich als wirtschaftlich *verschiedene* Leistungen, daß es ungerecht wäre, sie im Punkte des Verzugs und Schadenersatzes nach gleichen Grundsätzen zu behandeln.

Bezüglich des ersten Punktes ist nun in der Literatur so oft, so gut und so überzeugend dargelegt worden, folgt auch so klar aus jeder allgemeinen Erwägung, daß der durch eine solche Säumis des Schuldners verursachte Schaden des Gläubigers oft viel größer ist, als die Verzugszinsen, z. B. durch Versäumuis der günstigen Spekulationsmöglichkeit oder Konjunktur —, daß ich mich mit dem Hinweise darauf begnügen und ruhig behaupten kann: Dieser Punkt kann keinen Grund dafür abgeben, daß der Verzug in der Leistung einer Geldschuld so ganz anders behandelt wird, als der in der Leistung anderer Sachen.

Demnach bleibt nur der zweite Punkt übrig.

Um die in Punkt 2 gestellte Frage richtig zu beantworten, müssen wir die juristische Natur des Geldes berücksichtigen respektive uns ein wenig auf national-ökonomisches Gebiet begeben.

Das Geld ist eine vertretbare Sache, ja der Typus der vertretbaren Sache.

Dieser Charakter des Geldes und demzufolge auch der Geldleistung kann nicht ohne Einfluß auf die wirtschaftliche und rechtliche Natur der Geldschuld sein, im Gegensatze zu einer Schuld in anderen vertretbaren oder unvertretbaren Sachen.

Ein Beispiel: Wenn A durch verzögerte oder überhaupt nicht erfolgte Lieferung seines bei B bestellten Winterrockes einen Schaden erleidet, so wird er in den seltensten Fällen in der Lage sein, diesen Schaden dadurch abzuwenden, daß er sich den Winterrock noch zu rechter Zeit anderswo verschafft. Der Charakter dieser Leistung als Leistung einer individuellen, nur für A passenden Sache wird dem hinderlich im Wege sein; es steht daher zweifellos der Schaden des A in direktem Causalzusammenhang mit dem Verzug des B. B *muß daher für diesen Schaden haften*.

Anders bei der Geldschuld: wenn A durch Nichtzahlung der Geldschuld des B einen Schaden erleidet, oder ihm ein Gewinn entgeht, so wird im Gegenteil in den meisten Fällen A in der Lage sein, sich das ausgebliebene Geld rechtzeitig anderswo zu verschaffen und so den gefürchteten Schaden abzuwehren oder den gehofften Gewinn doch zu machen. Das bedingt eben der Charakter des Geldes als vertretbare Sache, bei der es nicht auf das Individuum, sondern nur auf das Genus ankommt, bei dem es gleichgültig ist, ob es dem A von B oder von C geleistet wird.

Die Vertreter einer extremen Causalitätstheorie könnten also sagen:

Der Schaden des A ist zwar aus dem Verschulden des B hervorgegangen; aber, wenn A es unterlassen hat, sich das Geld anderswo zu verschaffen, so hat er selbst schuldhafterweise nicht alles getan, um diesen Schaden zu verhindern: es liegt demnach geteiltes Verschulden vor, und es wäre ungerecht, dem B allein die Verantwortung für einen Schaden zuzuschieben, den auch A verursacht hat. (§ 1304 allg. BGB.)

Auf diesem Wege nun kann man allerdings dazu kommen, den Verzug bei Geldschulden anders behandeln zu wollen, als den Verzug bei anderen Leistungen, und es läßt sich nicht leugnen, daß eine derartige Argumentierung manches für sich hat.

Aber dieses „Manches" hält einer genaueren Prüfung nicht stand.

Denn erstens kann man es dem A unmöglich als Verschulden anrechnen, wenn er es unterlassen hat, einen Schaden, der ihm aus dem Verschulden

des B erwachsen kann, durch Mühe, Kosten und Zeitverlust seinerseits gutzumachen.

Das wäre ein unerträglicher Eingriff in die persönliche Freiheit.

Zweitens aber gibt es viele Fälle und unter ihnen gerade die sozialpolitisch wichtigsten, wo die Geldleistung jenen eigentümlichen Charakter der ganz und gar vertretbaren Leistung verliert, die, wenn man sie vom X nicht bekommt, man sich ganz einfach beim Y) holt!

Ich spreche nicht weiter von den Fällen, wo sich A das Geld, das er vom B nicht rechtzeitig erhalten hat, infolge physischer Unmöglichkeit anderswo nicht verschaffen kann; das wäre, wenn A krank ist oder in einsamer Gegend wohnt oder überhaupt kein Geldgeber in der Nähe ist.

Viel wichtiger sind die Fälle, wo A so arm ist, daß er von niemandem Geld geliehen bekommt, weil er nicht Sicherheit genug bietet.

Dem armen Taglöhner gegenüber, der den Zins schuldig ist und dem der Herr den Lohn nicht zur rechten Zeit zahlt, ist die Zahlung des Lohnes mindestens ebenso unvertretbar, er kann sich Geld ebensowenig anderswo verschaffen, wie A den nicht gelieferten Winterrock.

In solchen, nur zu häufigen Fällen wird niemand leugnen können, daß der Schaden, den der Taglöhner erleidet, wenn er, um nicht belogiert zu werden, seinen besten Rock um einen Schleuderpreis verkauft, in ganz direktem Kausalzusammenhang zum Zahlungsverzug des Schuldners (hier des Arbeitgebers) steht.

Also auch der Charakter des Geldes, als vertretbarer Sache, kann uns nicht berechtigen, den Verzug bei Geldleistungen so ganz anders, als bei anderen Leistungen zu behandeln.

Darum müssen wir sagen:

Es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auch bei verzögerter Geldzahlung erlittener Schaden und entgangener Gewinn (natürlich unter den allgemeinen sonst Voraussetzungen des Schadenersatzes — Verschulden —) in vollem Maße vom säumigen Schuldner ersetzt werden soll.

Das ist meine Ansicht de lege ferenda über diese Frage.*) Und dieser Ansicht sind auch alle Schriftsteller, ohne Unterschied, ob sie den § 1333 jetzt in dem einen oder dem anderen Sinne interpretiert wissen wollen; und das ist nur gerecht.

Strohal in: 3 Gutachten über die Reform des österr. Schadenersatzrechtes Wien 1880, 167: „Das hiermit gewonnene Ergebnis“ (nämlich daß nur die Verzugszinsen verlangt werden können) „ist offenbar ein unbefriedigendes .... Ich halte es daher auch für angemessen, daß der morose Geldschuldner, sofern er im Verschulden ist, für den dem Gläubiger verursachten Schaden haftbar gemacht werde.“

Ähnlich Randa in der allg. österr. Gerichtsztg. Jahrg. 1869 Nr. 72 S. 286: „Freilich liegt heutzutage in der Beibehaltung der kategorischen Fixierung des Verzugsinteresses ein bedauerlicher anachronistischer Überrest der aufgegebenen imperativen Festsetzung der Zinstaxen ... Es wäre daher gewiß nur zu billigen gewesen, wenn die angeführte Beschränkung des Gläubigers in Ansehung der rechtlichen Möglichkeit, das nachweisbare höhere Verzugsinteresse zu fordern, aufgehoben worden wäre.“

So besonders Randa und Strohal.**)

Etwas anders aber steht die Sache, wenn ein Gutachten darüber verlangt wurde, wie bei uns diese Streitfrage legislatorisch entschieden werden soll; und das scheint ja die Absicht zu sein, die das Rundschreiben der Handels- und Gewerbekammer verfolgte.

Denn um diese Aufgabe richtig zu lösen, müssen wir zunächst feststellen, wie sie legislatorisch bei uns entschieden ist.

Ich gehe also zum zweiten Teile meiner Ausführungen über, zur Untersuchung unserer Frage de lege lata.

---

*) Man wird diese Ansicht vielleicht eine kapitalistische nennen. Darauf will ich nur folgendes erwidern: Wir leben in einer mit sozialpolitischen Gedanken derartig durchtränkten Zeit, daß wir bei jeder Gelegenheit gerechterweise bemüht sind, den wirtschaftlich Schwachen gegenüber dem wirtschaftlich Starken zu schützen.

Solange wir aber keine verläßliche Statistik darüber besitzen, ob mehr arme Leute Reichen, oder mehr reiche Leute Armen Geld schuldig sind, wobei man natürlich nicht bloß an Darlehensschulden denken darf, wird mir nicht der Vorwurf gemacht werden können, daß eine derartige Regelung der Frage dem reichen Kapitalisten zugute kommt, zum Nachteil des armen Schuldners.

Denn erstens wird der Reiche selten durch den Zahlungsverzug einer Geldsumme einen anderen Schaden als den Verlust der Zinsen erleiden. Und zweitens darf ja nur dann, wie eingangs erwähnt, mehr als Verzugszinsen verlangt werden, wenn der Zahlungsverzug ein verschuldeter war; was aber verschuldet heißt, besonders mit Rücksicht auf einen armen Schuldner, kann ich hier nicht weiter erörtern.

**) s. § 288 ADHG.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

1) Wenn der Patentinhaber einem Anderen die Herstellung der patentierten Ware überträgt und dieser sich verpflichtet, die Ware an niemand anders als an den Patentinhaber oder einen von diesem bezeichneten Dritten zu verkaufen und zu liefern, so wird durch diese Vertragsbestimmung das Recht des anderen Teiles, die vertragsmäßig hergestellte Ware bei Annahmeverzug des Patentinhabers bezw. des Dritten nach Maßgabe des § 373 HGB. im Wege des Selbsthilfeverkaufs zu veräußern, nicht beseitigt, sofern dies nicht im Vertrage klar zum Ausdruck gebracht ist. 2) Der Patentinhaber oder der Dritte kann die im Wege des Selbsthilfeverkaufs vorzunehmende Veräußerung vertragswidriger Ware durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung nur hindern, wenn er die Vertragswidrigkeit der angebotenen und deshalb nicht angenommenen Ware glaubhaft macht.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 29. Sept. 1906. 460. 06.

Nach einem zwischen dem Kläger H. und der Beklagten geschlossenen Vertrage, dem die deutsche E.Gesellschaft, die Klägerin zu 2, beigetreten war, hatte die Beklagte die im Vertrage bezeichneten Waren nach einem demnächst in Deutschland patentierten Verfahren des Klägers H. und nach dessen Angaben für die Klägerin zu 2 zu bestimmten Preisen herzustellen. Sie durfte diese Waren mit einer Ausnahme „an niemand anders verkaufen und liefern, als an die E.Gesellschaft." Diese gab der Beklagten Auftrag, eine bestimmte Menge der patentierten Ware in vertragsmäßiger Beschaffenheit und in einem bestimmten Zeitraum herzustellen und auf Abruf in Raten zu liefern. Nachdem die Klägerin zu 2 die von der Beklagten hergestellte Ware wegen Mängel zurückgewiesen hatte, ließ die Beklagte die angebotene Ware auf Grund des § 373 des HGB. versteigern. Am Tage vorher hatte das zuständige Gericht auf Antrag der Kläger eine einstweilige Verfügung erlassen, wonach gegen Sicherheitsleistung der Kläger von 20000 Mk. der Beklagten bei Strafe von 1000 Mk. verboten wurde, die im Auftrage der Klägerin zu 2 nach dem H.schen Patent hergestellte und von der Bestellerin nicht abgenommene Ware in Deutschland zur öffentlichen Versteigerung zu bringen. Gegen diese Verfügung erhob die Beklagte Widerspruch. Die erste Instanz bestätigte sie mit der Maßgabe, daß der Beklagten jeder Verkauf der Ware in Deutschland verboten wurde. Es nahm an, daß die Veräußerung der von ihr hergestellten Ware in Deutschland nach den Grundsätzen des Patentrechts unzulässig sei. Die Berufung der Beklagten wurde von dem Berufungsgericht mit der Maßgabe verworfen, daß der Beklagten verboten wurde, die in der einstweiligen Verfügung bezeichneten, insbesondere auch die von ihr gesteigerten und selbst ersteigerte A.Ware in Deutschland zu verkaufen. Außerdem erhöhte das Berufungsgericht auf die Anschlußberufung der Kläger die Strafandrohung von 1000 auf 10000 Mk. für jeden Fall der Zuwiderhandlung.

Das Revisionsgericht hob das Berufungsurteil aus folgenden Gründen auf:

Der Streit der Parteien betrifft die Frage, ob die Beklagte, wenn die Klägerin zu 2 die Abnahme der vertragsmäßig hergestellten Ware verweigere, nach § 373 des HGB. verfahren dürfe. Grundsätze des Patentsrechts stehen an sich der Anwendung jener handelsrechtlichen Vorschrift nicht entgegen. Nach § 4 des PatG. hat ein Patent die Wirkung, daß der Patentinhaber ausschließlich befugt ist, gewerbsmäßig den Gegenstand der Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Nach § 6 desselben Gesetzes kann aber das Recht aus dem Patent beschränkt oder unbeschränkt durch Vertrag auf andere übertragen werden. Geschieht dies, so findet die bisherige Ausschließlichkeit des Rechts des Patentinhabers ihre Abgrenzung in dem Inhalte des Vertrages. Der Ausgangspunkt in der Begründung des angefochtenen Urteils, daß nämlich die Antwort auf die obige Frage mangels einer ausdrücklichen Regelung im Vertrage durch Auslegung desselben gefunden werden müsse, ist daher zu billigen, dagegen kann im Ergebnis den Erwägungen des OLG. nicht beigetreten werden. Es erwägt: Nach dem Wortlaute des Vertrages, worin betont sei, daß die Beklagte in Deutschland nur an die E.Gesellschaft verkaufen dürfe, möge manches dafür sprechen, daß jene auf das Recht der Abnahme, auf ein Verfahren nach § 326 BGB. und (in zweiter Linie) auf Schadensersatz beschränkt sein solle; andererseits sei aber zu berücksichtigen, daß der Fabrikant für sein Fabrikat Geld haben wolle, und wenn er sich auch vertraglich binde, nur an einen Gegenkontrahenten zu liefern, dies doch in der Annahme geschehe, daß auch der Gegner seine Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung erfülle. Folge man dem ersten Gedankengange, so habe die Beklagte nie das Recht, nach § 373 des HGB. zu verfahren, während sie es nach dem zweiten Gedankengange nur unter der Voraussetzung besitze, daß sie sich durch den Nachweis der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware das Recht zum Selbsthilfeverkauf erstreite. Diesen Nachweis habe sie nicht erbracht. Deshalb sei es gleichgültig, welchem Gedankengange man den Vorzug gebe und es bleibe bei der fixierten Regel des Vertrages, daß die Beklagte kein Recht habe, nach § 737 des HGB. vorzugehen.

Allein die Bestimmung im § 7 des Vertrages, wonach die Beklagte die bezeichneten Waren an niemand anders verkaufen und liefern darf, als an die E.Gesellschaft, schließt das Recht zum Selbsthilfeverkauf aus § 373 des HGB. nicht aus. Dieser Vertragspflicht der Beklagten entspricht die gleichfalls im § 7 zum Ausdruck gelangte Verpflichtung der E.Gesellschaft, ihren Warenbedarf in bestimmtem Umfange von der Beklagten zu beziehen. Die E.Gesellschaft ist daher zur Abnahme der bestellten Ware, wenn diese von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist, verpflichtet, die Beklagte aber, wenn die E.Gesellschaft mit der Annahme der Ware in Verzug gerät, ohne weiteres zum Selbsthilfeverkauf aus § 373 des HGB. berechtigt. Hätte ihr dieses gesetzliche Recht — was im Belieben der Parteien stand — entzogen werden sollen, so hätte das unzweideutig im Vertrage zum Ausdruck kommen müssen. Der Wille der Beklagten, auf dasselbe zu verzichten, kann aber um so weniger vorausgesetzt werden, als sie die Ware für die Zeit des Bestandes der E.Gesellschaft zu liefern hat und die Erfüllung dieser Pflicht die Aufwendung sehr bedeutender Geldmittel erforderlich macht, zu deren Ersatz im Falle des Annahmeverzugs des Käufers gerade der Selbsthilfeverkauf das wirksamste, unter Umständen sogar das einzige Mittel bildet. Mit diesen Verhältnissen hatten die Kläger zu rechnen und wollten sie gleichwohl das Recht zum Selbsthilfeverkauf ausgeschlossen wissen, so wäre es ihre Aufgabe gewesen, auf eine entsprechende klare Abfassung des Vertrages zu dringen. Somit führen jene Gedankengänge des OLG. bei richtiger Auslegung des Vertrages zu demselben Ziel, das Recht aus § 373 des HGB. der Beklagten einzuräumen. Die Rüge der Revision, welche sich gegen die von dem OLG. vertretene Auslegung des Vertrages richtet, ist daher begründet. Auch zwischen den Parteien ist jedoch das Recht zum Selbsthilfeverkauf an seine gesetzlichen Voraussetzungen gebunden, deren Vorhandensein der Regel nach im Streitfalle der Verkäufer zu beweisen hat. Ihm liegt insbesondere der Beweis dafür ob, daß die Ware in vertragsmäßiger Beschaffenheit dem Käufer angeboten ist. Allein hieraus ist nichts zu folgern für die Verteilung der Beweislast und die Art und Weise der Beweisführung in dem vorliegenden Verfahren. In beiden Richtungen verletzt das angefochtene Urteil nach der zutreffenden Rüge der Revision das Gesetz. Die Kläger beanspruchen, der Beklagten den Selbsthilfeverkauf ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der angedienten Ware aus patentrechtlichen Gründen schlechthin untersagen zu dürfen. Dieser Anspruch steht ihnen nach dem Gesagten nicht zu. Sie stützen das Untersagungsrecht, die Notwendigkeit des einstweiligen Schutzes und ihr Interesse an der Anordnung einer einstweiligen Verfügung weiter auf die Behauptung, daß das Inverkehrbringen mangelhafter Ware ihnen einen unersetzlichen Schaden zufügen werde, weil es geeignet sei, das Patent in Mißkredit zu bringen. Ein auf die Fälle des Angebots vertragswidriger Ware beschränktes Untersagungsrecht ist ihnen einzuräumen, weil die Beklagte durch die Zurückweisung solcher Ware zum Selbhilfeverkauf nicht berechtigt wird und, wenn sie ihn dennoch vornimmt und damit die Ware in Verkehr bringt, den Vertrag, wie das Patent- und Lizenzrecht der Kläger verletzt. Denn der Inhaber eines Patents hat ein Interesse daran, daß nur vorschriftsmäßige, dem Patent entsprechende Ware in Verkehr gebracht wird. Kläger haben deshalb, wenn die angediente Ware vorschriftswidrig gewesen ist, Anspruch darauf, daß der Verkauf, aus dem ihnen wesentliche Nachteile erwachsen würden, der Beklagten verboten wird. Die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Anspruches haben die Kläger darzulegen. Dies verkennt das OLG. und verletzt die §§ 920 (Abs. 2), 936 der ZPO., indem es das Verbietungsrecht der Kläger ohne weiteres durch den Vertrag deshalb für gegeben erachtet, weil die Beklagte den ihr obliegenden Beweis der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware nicht erbracht habe. Kläger haben vielmehr die Vertragswidrigkeit der ihnen angebotenen Ware glaubhaft zu machen. Indem das OLG. den vollen Beweis für die als Einwendung sich darstellende Behauptung vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware von der Beklagten fordert, verstößt seine Entscheidung auch gegen den in der Rechtsprechung des RG. anerkannten prozeßrechtlichen Grundsatz, daß der Beklagte im Verfahren über eine einstweilige Verfügung seine Einwendungen nur glaubhaft zu machen hat (vgl. RGZ. 27, 428; SeuffArch. Bd. 59 Nr. 172). Seine Entscheidung verletzt endlich, wie die Revision mit Recht rügt, durch die Erhöhung der Strafandrohung auf 10000 Mk. für jeden Fall der Zuwiderhandlung den § 890 ZPO. Denn das Zwangsmittel der Geldstrafe ist auch für die einstweilige Verfügung an den in diesem Paragraphen vorgesehenen Höchstbetrag von 1500 Mk. gebunden (vgl. Sächs. Arch. 15, 622). Dagegen ist die gegen den Inhalt der einstweiligen Verfügung gerichtete Rüge der Revision nicht zu beachten. Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung vorliegen, bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Im Rahmen dieses an sich dem Angriffe der Revision entzogenen freien Ermessens hält sich die von dem OLG. getroffene Anordnung. Daß dabei eine Rechtsregel verletzt wäre, ist nicht ersichtlich.

Hiernach unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung. Da die Sache zur Endentscheidung noch nicht reif ist, so war sie gemäß § 565 der ZPO. zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

* * *

Die Frage, ob die Gewährung von Geld und Kredit an eine Konkurrenzfirma unter das (beim Verkauf eines Geschäftes dem Verkäufer vertragsmäßig auferlegte) Konkurrenzverbot fällt, ist mit Rücksicht auf die in den kaufmännischen Kreisen herrschende Verkehrssitte zu beantworten.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 6. Okt. 1906. 38. 06.

Der Beklagte hatte eine ihm gehörige Maschinenfabrik an eine Aktiengesellschaft unter Übernahme der Verpflichtung verkauft, im deutschen Reich ein Konkurrenzgeschäft weder zu errichten noch zu betreiben noch auch sich direkt oder indirekt an einen solchen zu beteiligen. Die für den Fall der Zuwiderhandlung festgesetzte Vertragsstrafe wurde gegen ihn eingeklagt, weil er seinen Schwiegersohn durch Eröffnung eines Kredits bei einem Bankier in den Stand gesetzt hatte, mit einem anderen ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen, und weil er für die Sicherheit einer auf dem Fabrikgebäude des Konkurrenzgeschäfts zu Sicherung eines Kredits eingetragenen Hypothek die Bürgschaft übernommen hatte. Darüber, wie diese Handlungen zu beurteilen seien, sprach sich das RG. wie folgt aus:

Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beklagte seinen Schwiegersohn H. dadurch in den Stand gesetzt, das Geschäft mit M. zu eröffnen, daß er dem Schwiegersohn einen Kredit bei einem Bankier eröffnete, bei welchem der Beklagte selbst die Bürgschaft übernahm. Weiter hat der Beklagte auch der Firma M. & H. einen Kredit eröffnet und Bürgschaft für die Sicherheit einer Hypothek zu 75000 Mk. übernommen, welche die Firma M. & H. auf ihrem Fabrikgrundstück dem Bankhaus A. & Co. zur Sicherung für einen gewährten Kredit bestellt hatte. Daß in diesen Handlungen eine indirekte Beteiligung an dem als Konkurrenzgeschäft der Klägerin erachteten Geschäfte der Firma M. & H. gelegen sein könne, ist der Klägerin zuzugeben. Der Vertrag vom 11. 1. 1898 enthält darüber, was die damals vertragschließenden Parteien unter einer indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft verstanden haben, nichts, und nach dem wörtlichen Sinn der getroffenen Bestimmung und dem Sprachgebrauche wäre es nicht ausgeschlossen, daß auch Geld- und Kreditgewährungen der festgestellten Art von den Parteien gegenüber einer Konkurrenzfabrik ausgeschlossen werden wollten. Es ist somit nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der besonderen Umstände des Falles zu untersuchen, was bei der getroffenen Festsetzung die Willensmeinung der Parteien gewesen ist. Der Beklagte hat sich nun zur Begründung seiner Behauptung, daß die Gewährung von Geld und Kredit an seinen Schwiegersohn und die Firma M. & H. nicht unter das Vertragsverbot der indirekten Beteiligung falle, darauf berufen, daß die Klägerin selbst in diesen Leistungen, als sie ihr bekannt wurden, keinen Verstoß gegen das Konkurrenzverbot gefunden habe, und sich zur näheren Begründung hierfür auf Vorgänge in den Aufsichtsratssitzungen der Klägerin berufen, welche das Berufungsgericht für unerheblich erachtet. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Denn wenn es richtig wäre — was der Beklagte unter Beweis gestellt hat — daß er selbst in einer Aufsichtsratssitzung die Geld- und Kreditgewährung an seinen Schwiegersohn zur Sprache gebracht und angefragt habe, ob Bedenken dagegen beständen, daß diese Frage im Aufsichtsrat ohne Widerspruch verneint wurde und Vorstand und Aufsichtsrat auch in einem gleichgelagerten zweiten Fall eine ähnliche Geld- und Kreditgewährung einstimmig als nicht unter das Konkurrenzverbot fallend erklärt hätten, so könnte damit unter Umständen eine zuverlässige Grundlage für den Rückschluß geschaffen werden, daß auch nach der Auffassung der Klägerin der Vertrag, wie er lautete, die oben festgestellten Leistungen des Beklagten nicht dem Konkurrenzverbote unterworfen. Im Zusammenhang hiermit muß es auch als erheblich erachtet werden, wenn nach der Verkehrssitte in den hier in Betracht kommenden kaufmännischen Kreisen das Verbot der indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nicht dahin aufgefaßt wird, daß es die Gewährung von Geld und Kredit an die konkurrierende Firma gleichfalls ausschließt. Denn wenn es auch richtig ist, daß über die Bedeutung und Tragweite des vorliegenden Vertragsinhalts das Gericht selbst zu entscheiden hat, so folgt doch aus § 157 des BGB., daß die Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu geschehen hat, und hiernach kann es für die Beurteilung der in Rede stehenden Vertagsbestimmung keineswegs belanglos sein, was nach der Verkehrssitte der beteiligten Kreise unter der verbotenen indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft verstanden wird. Die von dem Berufungsgericht abgelehnte Erhebung des vom Beklagten angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweises gewinnt aber auch deshalb Bedeutung, weil an dem Satze festzuhalten ist, daß Strafgedinge, weil sie eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten, nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, und es deshalb dem Beklagten frei-

gelassen werden muß, den Nachweis zu führen, daß eine Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nur durch Kapital- oder Kreditgewährung und ohne Anteil am Geschäftsgewinn auch von der Klägerin selbst als nicht als unter das Vertragverbot fallend angesehen worden ist. Da das angefochtene Urteil somit auf unvollständiger Würdigung des von dem Beklagten unter Beweis gestellten Verteidigungsvorbringens beruht, so war dasselbe aufzuheben.

* * *

Wird bei einem, für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen Lieferungsvertrage vereinbart, daß der Käufer die Ware nach Maßgabe seines Bedarfs in unbestimmten größeren und kleineren Mengen abrufen kann, so liegt allerdings kein eigentlicher Sukzessivlieferungsvertrag vor, jedoch sind die Grundsätze bezügl. des Sukzessivlieferungsvertrages in solchem Falle analog in dem Sinne anwendbar, daß der Verzug des Verkäufers mit der bestellten Teillieferung nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellen kann, die einen Schadensersatzanspruch des Käufers begründet nicht bloß wegen der auf die Teilbestellung rückständigen Ware, sondern wegen der Gesamtheit der Ware, die der Verkäufer innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung des Verkaufes hätte verkaufen können.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 28. Sept. 1906. 83. 06.

Das Berufungsgericht ist in rechtlich einwandfreier Vertragsauslegung davon ausgegangen, die Klägerin sei zum Bezuge von 1500 Stück Türschließer „Portier" „pro Jahr", also auch für das erste Jahr, verpflichtet gewesen und Beklagte habe jedenfalls so viel liefern müssen, als die Klägerin abzunehmen gehabt habe. Es stellt tatsächlich fest, Klägerin habe 300 Stück bestellt, Beklagte aber nur 204 Stück geliefert, hiervon aber auf Bemängelung der Klägerin 157 Stück zurückgenommen; auf die bestellten 300 Türschließer habe sie 253 Stück nicht geliefert, obwohl sie von der Klägerin zur Lieferung, wie des näheren ausgeführt ist, des öftern und in der dringendsten Weise sowie unter der Androhung brieflich aufgefordert worden sei, daß sie allen Schaden geltend machen werde, den sie dadurch erleide, daß sie weitere Bestellungen nicht annehmen könne und den Vertrieb der Türschließer einstellen müsse. Auf Grund dieser Feststellungen ist erwogen, die Beklagte, die im Verzuge gewesen und trotz Gewährung genügender Nachfristen nicht geliefert habe, müsse der Klägerin nicht bloß für den Schaden, der ihr durch die Nichtlieferung der bestellten 253 Stück entstanden sei, sondern für den gesamten Schaden aufkommen, den diese dadurch erlitten habe, daß sie nicht diejenige Anzahl Türschließer habe verkaufen können, die sie bei vertragsmäßiger Lieferung seitens der Beklagten verkauft haben würde. Zur Bestimmung der Höhe dieses Schadens ist dann, da das erstattete Gutachten des Sachverständigen Leicher hierzu nicht ausreichend erschien, die eidliche Schätzung durch den Inhaber der klagenden Firma angeordnet worden mit der Maßgabe, daß die eidliche Schätzung den Betrag von 7000 Mk. nicht übersteigen dürfe.

(Nach Zurückweisung anderer Angriffe heißt es weiter:) Endlich wird gerügt, die Beklagte habe sich nicht im Verzuge befunden. Die Klägerin habe nur 300 Stück abgerufen. Wenn sie durch die angeblich mangelhafte Lieferung sich habe abhalten lassen, weitere Bestellungen zu machen, so könne hinsichtlich des fehlenden Vertragsquantums die Beklagte nicht in Verzug gekommen sein, zumal eine Spezifikation der zu liefernden Türschließer erforderlich gewesen wäre. Hieran könne der Umstand nichts ändern, daß die Klägerin Schadensersatzforderung angedroht habe. Auch seien die Bestimmungen der Art. 355 und 356 des HGB. a. F. nicht beobachtet. Die Rüge kann als gerechtfertigt nicht anerkannt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Nichtlieferung seitens der Beklagten für die Klägerin die Folge, einesteils, daß jede weitere Bestellung zweck- und sinnlos gewesen wäre, anderenteils, daß die Klägerin infolge des vertraglichen Verbots, anderweit Türschließer zu beziehen, in die Unmöglichkeit versetzt wurde, von ihren Kunden weitere Bestellungen entgegen zu nehmen, und deshalb den Vertrieb der Türschließer aufgeben mußte. Das Vertragsverhältnis der Parteien hat mit einem Sukzessivlieferungsvertrage eine große Verwandtschaft insofern, als die Parteien bei Abschluß des einheitlichen Vertrages offenbar davon ausgegangen sind, daß die Klägerin die 1500 Stück Türschließer, die sie „pro Jahr" beziehen mußte, nach Maßgabe ihres Bedarfs nach und nach beziehen werde. Die Abweichung bestand nur darin, daß nicht wie bei einem Sukzessivlieferungsvertrage, eine Ratenlieferung, Erfüllung durch Teilleistungen, vorgesehen war, vielmehr Klägerin vertraglich nicht behindert war, die 1500 Stück nach Maßgabe ihres Bedarfs in unbestimmten größeren oder kleineren Mengen abzurufen. Bei der inneren Verwandtschaft des Vertragsverhältnisses der Parteien mit dem eigentlichen Sukzessivlieferungsvertrage und bei der durch die Einstellung der Lieferungen seitens der Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geschaffenen eigentümlichen Sach- und Rechtslage rechfertigt es sich, die in der Rechtsprechung des OHG. und des RG. bezüglich der Sukzessivlieferungsverträge den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechend ausgebildeten Rechtsgrundsätze analog auch auf das fragliche Vertragsverhältnis in dem Sinne anzuwenden, daß der Verzug der Beklagten mit der Lieferung der bestellten Türschließer nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellt, welche einen Schadensersatz der Klägerin nicht bloß wegen der auf die Bestellung rückständigen 253 Stück, sondern wegen der Gesamtheit der Türschließer begründet, die Klägerin innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung seitens

Hiernach unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung. Da die Sache zur Endentscheidung noch nicht reif ist, so war sie gemäß § 565 der ZPO. zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

* * *

Die Frage, ob die Gewährung von Geld und Kredit an eine Konkurrenzfirma unter das (beim Verkauf eines Geschäftes dem Verkäufer vertragsmäßig auferlegte) Konkurrenzverbot fällt, ist mit Rücksicht auf die in den kaufmännischen Kreisen herrschende Verkehrssitte zu beantworten.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 6. Okt. 1906. 38. 06.

Der Beklagte hatte eine ihm gehörige Maschinenfabrik an eine Aktiengesellschaft unter Übernahme der Verpflichtung verkauft, im deutschen Reich ein Konkurrenzgeschäft weder zu errichten noch zu betreiben noch auch sich direkt oder indirekt an einen solchen zu beteiligen. Die für den Fall der Zuwiderhandlung festgesetzte Vertragsstrafe wurde gegen ihn eingeklagt, weil er seinen Schwiegersohn durch Eröffnung eines Kredits bei einem Bankier in den Stand gesetzt hatte, mit einem anderen ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen, und weil er für die Sicherheit einer auf dem Fabrikgebäude des Konkurrenzgeschäfts zu Sicherung eines Kredits eingetragenen Hypothek die Bürgschaft übernommen hatte. Darüber, wie diese Handlungen zu beurteilen seien, sprach sich das RG. wie folgt aus:

Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beklagte seinen Schwiegersohn H. dadurch in den Stand gesetzt, das Geschäft mit M. zu eröffnen, daß er dem Schwiegersohn einen Kredit bei einem Bankier eröffnete, bei welchem der Beklagte selbst die Bürgschaft übernahm. Weiter hat der Beklagte auch der Firma M. & H. einen Kredit eröffnet und Bürgschaft für die Sicherheit einer Hypothek zu 75000 Mk. übernommen, welche die Firma M. & H. auf ihrem Fabrikgrundstück dem Bankhaus A. & Co. zur Sicherung für einen gewährten Kredit bestellt hatte. Daß in diesen Handlungen eine indirekte Beteiligung an dem als Konkurrenzgeschäft der Klägerin erachteten Geschäfte der Firma M. & H. gelegen sein könne, ist der Klägerin zuzugeben. Der Vertrag vom 11. 1. 1898 enthält darüber, was die damals vertragschließenden Parteien unter einer indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft verstanden haben, nichts, und nach dem wörtlichen Sinn der getroffenen Bestimmung und dem Sprachgebrauche wäre es nicht ausgeschlossen, daß auch Geld- und Kreditgewährungen der festgestellten Art von den Parteien gegenüber einer Konkurrenzfabrik ausgeschlossen werden wollten. Es ist somit nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der besonderen Umstände des Falles zu untersuchen, was bei der getroffenen Festsetzung die Willensmeinung der Parteien gewesen ist. Der Beklagte hat sich nun zur Begründung seiner Behauptung, daß die Gewährung von Geld und Kredit an seinen Schwiegersohn und die Firma M. & H. nicht unter das Vertragsverbot der indirekten Beteiligung falle, darauf berufen, daß die Klägerin selbst in diesen Leistungen, als sie ihr bekannnt wurden, keinen Verstoß gegen das Konkurrenzverbot gefunden habe, und sich zur näheren Begründung hierfür auf Vorgänge in den Aufsichtsratssitzungen der Klägerin berufen, welche das Berufungsgericht für unerheblich erachtet. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Denn wenn es richtig wäre — was der Beklagte unter Beweis gestellt hat — daß er selbst in einer Aufsichtsratssitzung die Geld- und Kreditgewährung an seinen Schwiegersohn zur Sprache gebracht und angefragt habe, ob Bedenken dagegen beständen, daß diese Frage im Aufsichtsrat ohne Widerspruch verneint wurde und Vorstand und Aufsichtsrat auch in einem gleichgelagerten zweiten Fall eine ähnliche Geld- und Kreditgewährung einstimmig als nicht unter das Konkurrenzverbot fallend erklärt hätten, so könnte damit unter Umständen eine zuverlässige Grundlage für den Rückschluß geschaffen werden, daß auch nach der Auffassung der Klägerin der Vertrag, wie er lautete, die oben festgestellten Leistungen des Beklagten nicht dem Konkurrenzverbote unterworfen. Im Zusammenhang hiermit muß es auch als erheblich erachtet werden, wenn nach der Verkehrssitte in den hier in Betracht kommenden kaufmännischen Kreisen das Verbot der indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nicht dahin aufgefaßt wird, daß es die Gewährung von Geld und Kredit an die konkurrierende Firma gleichfalls ausschließt. Denn wenn es auch richtig ist, daß über die Bedeutung und Tragweite des vorliegenden Vertragsinhalts das Gericht selbst zu entscheiden hat, so folgt doch aus § 157 des BGB., daß die Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu geschehen hat, und hiernach kann es für die Beurteilung der in Rede stehenden Vertagsbestimmung keineswegs belanglos sein, was nach der Verkehrssitte der beteiligten Kreise unter der verbotenen indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft verstanden wird. Die von dem Berufungsgericht abgelehnte Erhebung des vom Beklagten angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweises gewinnt aber auch deshalb Bedeutung, weil an dem Satze festzuhalten ist, daß Strafgedinge, weil sie eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten, nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, und es deshalb dem Beklagten frei-

gelassen werden muß, den Nachweis zu führen, daß eine Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nur durch Kapital- oder Kreditgewährung und ohne Anteil am Geschäftsgewinn auch von der Klägerin selbst als nicht als unter das Vertragverbot fallend angesehen worden ist. Da das angefochtene Urteil somit auf unvollständiger Würdigung des von dem Beklagten unter Beweis gestellten Verteidigungsvorbringens beruht, so war dasselbe aufzuheben.

* * *

Wird bei einem, für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen Lieferungsvertrage vereinbart, daß der Käufer die Ware nach Maßgabe seines Bedarfs in unbestimmten größeren und kleineren Mengen abrufen kann, so liegt allerdings kein eigentlicher Sukzessivlieferungsvertrag vor, jedoch sind die Grundsätze bezügl. des Sukzessivlieferungsvertrages in solchem Falle analog in dem Sinne anwendbar, daß der Verzug des Verkäufers mit der bestellten Teillieferung nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellen kann, die einen Schadensersatzanspruch des Käufers begründet nicht bloß wegen der auf die Teilbestellung rückständigen Ware, sondern wegen der Gesamtheit der Ware, die der Verkäufer innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung des Verkaufes hätte verkaufen können.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 28. Sept. 1906. 83. 06.

Das Berufungsgericht ist in rechtlich einwandfreier Vertragsauslegung davon ausgegangen, die Klägerin sei zum Bezuge von 1500 Stück Türschließer „Portier" „pro Jahr", also auch für das erste Jahr, verpflichtet gewesen und Beklagte habe jedenfalls so viel liefern müssen, als die Klägerin abzunehmen gehabt habe. Es stellt tatsächlich fest, Klägerin habe 300 Stück bestellt, Beklagte aber nur 204 Stück geliefert, hiervon aber auf Bemängelung der Klägerin 157 Stück zurückgenommen; auf die bestellten 300 Türschließer habe sie 253 Stück nicht geliefert, obwohl sie von der Klägerin zur Lieferung, wie des näheren ausgeführt ist, des öftern und in der dringendsten Weise sowie unter der Androhung brieflich aufgefordert worden sei, daß sie allen Schaden geltend machen werde, den sie dadurch erleide, daß sie weitere Bestellungen nicht annehmen könne und den Vertrieb der Türschließer einstellen müsse. Auf Grund dieser Feststellungen ist erwogen, die Beklagte, die im Verzuge gewesen und trotz Gewährung genügender Nachfristen nicht geliefert habe, müsse der Klägerin nicht bloß für den Schaden, der ihr durch die Nichtlieferung der bestellten 253 Stück entstanden sei, sondern für den gesamten Schaden aufkommen, den diese dadurch erlitten habe, daß sie nicht diejenige Anzahl Türschließer habe verkaufen können, die sie bei vertragsmäßiger Lieferung seitens der Beklagten verkauft haben würde. Zur Bestimmung der Höhe dieses Schadens ist dann, da das erstattete Gutachten des Sachverständigen Leicher hierzu nicht ausreichend erschien, die eidliche Schätzung durch den Inhaber der klagenden Firma angeordnet worden mit der Maßgabe, daß die eidliche Schätzung den Betrag von 7000 Mk. nicht übersteigen dürfe.

(Nach Zurückweisung anderer Angriffe heißt es weiter:) Endlich wird gerügt, die Beklagte habe sich nicht im Verzuge befunden. Die Klägerin habe nur 300 Stück abgerufen. Wenn sie durch die angeblich mangelhafte Lieferung sich habe abhalten lassen, weitere Bestellungen zu machen, so könne hinsichtlich des fehlenden Vertragsquantums die Beklagte nicht in Verzug gekommen sein, zumal eine Spezifikation der zu liefernden Türschließer erforderlich gewesen wäre. Hieran könne der Umstand nichts ändern, daß die Klägerin Schadensersatzforderung angedroht habe. Auch seien die Bestimmungen der Art. 355 und 356 des HGB. a. F. nicht beobachtet. Die Rüge kann als gerechtfertigt nicht anerkannt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Nichtlieferung seitens der Beklagten für die Klägerin die Folge, einesteils, daß jede weitere Bestellung zweck- und sinnlos gewesen wäre, anderenteils, daß die Klägerin infolge des vertraglichen Verbots, anderweit Türschließer zu beziehen, in die Unmöglichkeit versetzt wurde, von ihren Kunden weitere Bestellungen entgegen zu nehmen, und deshalb den Vertrieb der Türschließer aufgeben mußte. Das Vertragsverhältnis der Parteien hat mit einem Sukzessivlieferungsvertrage eine große Verwandtschaft insofern, als die Parteien bei Abschluß des einheitlichen Vertrages offenbar davon ausgegangen sind, daß die Klägerin die 1500 Stück Türschließer, die sie „pro Jahr" beziehen mußte, nach Maßgabe ihres Bedarfs nach und nach beziehen werde. Die Abweichung bestand nur darin, daß nicht wie bei einem Sukzessivlieferungsvertrage, eine Ratenlieferung, Erfüllung durch Teilleistungen, vorgesehen war, vielmehr Klägerin vertraglich nicht behindert war, die 1500 Stück nach Maßgabe ihres Bedarfs in unbestimmten größeren oder kleineren Mengen abzurufen. Bei der inneren Verwandtschaft des Vertragsverhältnisses der Parteien mit dem eigentlichen Sukzessivlieferungsvertrage und bei der durch die Einstellung der Lieferungen seitens der Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geschaffenen eigentümlichen Sach- und Rechtslage rechtfertigt es sich, die in der Rechtsprechung des OHG. und des RG. bezüglich der Sukzessivlieferungsverträge den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechend ausgebildeten Rechtsgrundsätze analog auch auf das fragliche Vertragsverhältnis in dem Sinne anzuwenden, daß der Verzug der Beklagten mit der Lieferung der bestellten Türschließer nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellt, welche einen Schadensersatz der Klägerin nicht bloß wegen der auf die Bestellung rückständigen 253 Stück, sondern wegen der Gesamtheit der Türschließer begründet, die Klägerin innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung seitens

der Beklagten hätten verkaufen können. Auch widerspricht es den im Handelsverkehr herrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn die Beklagte eine Einrede gegen den geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus dem Mangel weiterer Bestellungen der Klägerin herleiten will, obwohl sie doch durch die Einstellung der Lieferungen die Klägerin vertragswidrig in die Unmöglichkeit versetzt hat, weitere Bestellungen zu machen. Von diesen Gesichtspunkten aus ist die Entscheidung des Berufungsgericht rechtlich nicht zu beanstanden.

Literatur.

Eingänge.

v. Hofmann, Dr. H., Privatdozent der Universität Göttingen, Sammlung Göschen, deutsches Kolonialrecht. Leipzig 1907. G. J. Göschen'sche Verlagsbuchhandlung. Geb. Mk. 0,60.

Gruber, Th. Professor. Wirtschaftliche Erdkunde. Leipzig 1906. Verlag von B. G. Teubner in Leipzig-Berlin. Geheftet Mk. 1,—, geb. Mk. 1,25.

Halle von E., Professor an der Universität zu Berlin. Das Ausland, die Weltwirtschaft, Ein Jahr- und Lesebuch. 1. Jahrgang 1906, III. Teil. Leipzig und Berlin 1906. Verlag von B. G. Teubner. Geheftet Mk. 5,—, geb. Mk. 5,80.

Hirsch, Dr. Karl. Grenzfragen des öffentlichen und privaten Rechts, Verrufserklärungen, Haager Abkommen, öffentliche Interessen im Privatrecht. Berlin 1907. Carl Heymanns Verlag.

Könige, Heinr., Reichsgerichtsrat in Leipzig, Stranz, Dr. Josef, Justizrat in Berlin, Pinner, Albert, Justizrat in Berlin. Staubs Kommentar zum HGB., 8. Auflage. Bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses. Zweiter Band, erste Hälfte (Buch 3, Handelsgeschäfte §§ 343—373). Berlin 1907. J. Guttentags Verlagsbuchhandlung G. m. b. H. Mk. 7.—

Leutke, Dr. jur. P., Postinspektor. Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäftes. Berlin 1905. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung G. m. b. H.

Lewinski von Karl, Gerichtsassessor in Berlin. England als Erzieher? Sonderabdruck aus „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts", 51. Jahrgang. Berlin 1907. Verlag von Franz Vahlen, W. 8, Mohrenstraße 13/14. Mk. 1,—.

Schröter, Max, Bücherrevisor. Die doppelte Buchführung für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Erlernung und Ueberwachung der gesamten Buchführung nebst Darstellung der Erfordernisse und des Hergangs bei Gründung von Aktiengesellschaften bezw. Umwandlung bestehender privater Unternehmungen in Aktien-Gesellschaften. Leipzig 1906. G. A. Gloeckner, Verlag kaufmännischer Hand-Lehr- und Sprachbücher.

Stillich, Dr. Oskar, Dozent an der Humboldt-Akademie in Berlin. Geld- und Bankwesen, Ein Lehr- und Lesebuch. Berlin 1907. Verlag von Karl Curtius. Mk. 4,20.

Warneyer, Dr. Otto, Amtsrichter in Leipzig. Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Unter Mitwirkung von Amtsgerichtsrat Meves in Magdeburg und Amtsrichter Dr. Gutmann in Dresden. 5. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1906 zu BGB., EGBGB., HGB., WO., ZPO., KOAnfG., FGG., GBG., GBO., und 49 anderen Gesetzen. Leipzig 1907. Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Mk. 8,—.

Weißler, Adolf, Rechtsanwalt und Notar in Halle a. S. Reichs-Archiv. Sammlung des gesamten Reichsrechts in seiner heute gültigen Gestalt. Erste Lieferung. Leipzig 1907. Verlag von C. E. M. Pfeffer.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt Dr. Heilbrunn, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Soeben erschien:

Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen

von **Richard Maatz**

Regierungsrat, Vorsitzender der Einkommensteuer-Veranlagungskommission des Stadtkreises Altona.

Vierte Auflage.

Preis 6 M., gebunden 7 M.

Allein das Erscheinen in vierter Auflage beweist, welchen Beifall sich das Buch in Kaufmannskreisen erworben hat. Es stellt sich keineswegs in die Reihe der zahlreichen Buchführungslehrbücher, sondern es greift eine, von diesen meist nur Unterrichtszwecken dienenden Werken nicht erörterte, für die Kaufmannswelt aber besonders wichtige Frage heraus, nämlich wie die kaufmännischen Bilanzen für die Steuerzwecke behandelt werden müssen. Nicht also an den jungen Lehrling, sondern an den Kreis der selbständigen Kaufleute wendet sich das Buch, das in seiner vierten Auflage allen Neuerungen und Fortschritten der Rechtslehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung gefolgt ist.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.** Leipzig
Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 4. **Berlin, Sonnabend 13. April 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906. Von Reichsgerichtsrat Meyn. — Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht. Von Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin. Die Sanierung (Nachtrag). — Einige Bemerkungen betreffend die Reform des Wechselprotestes. Von Landgerichtsrat Dr. Marcus, Berlin. — Zur Frage des § 1333 des österreichischen Allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches. Von Dr. Hermann Freund in Wien. — Entscheidungen des Reichsgerichts — Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes im Konkursfalle. — Kleine Mitteilungen. — Literatur: Eingänge.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Reichsstempelgesetz v. 14. Juni 1900.*)

Nr. 1. § 6 Abs. 2 und 3. („Ist, wenn ein inländischer Kommittent einem ausländischen Kommissionär einen Auftrag erteilt und dieser durch seinen inländischen Agenten dem Kommittenten von der Annahme oder Ausführung des Auftrags Kenntnis gibt, das Geschäft im Inlande oder Auslande abgeschlossen?")

Urt. des VII. ZivSen. vom 3. Jan. 1905. 252. 04.

Eine Bremer Firma hatte als Kommittentin ohne Vermittlung Dritter amerikanischen und englischen Firmen als Kommissionären Aufträge zum börsenmäßigen Ankauf oder Verkauf von Baumwolle erteilt. Die ausländischen Firmen hatten die Geschäfte mit Dritten abgeschlossen und telegraphische Mitteilung hievon an ihren Agenten in Bremen, die Firma H. & Co. gesandt. Diese hatte die an sie gerichteten Depeschen ihrem Wortlaut nach an die Kommittentin weiter gegeben. Die Stemepelsteuerbehörde war der Ansicht, daß es sich bei diesen Mitteilungen um Abwicklungsgeschäfte (§ 7 Abs. 3) handle und daß solche, da für deren Zustandekommen die Mitteilung der Firma H. & Co. an die Kommittentin erheblich sei, als im Inlande abgeschlossen zu gelten hätten. Die letztere vertrat dagegen die Meinung, daß die Geschäfte im Auslande abgeschlossen seien, wollte daher nur zur Zahlung des halben Stempelbetrages verpflichtet sein und klagte auf Zurückzahlung der Hälfte des von ihr auf Erfordern der Stempelsteuerbehörde gezahlten vollen Stempelbetrages. Das RG. hob die dem Klagvertrage entsprechende Berufungsentscheidung mit folgender Begründung auf:

„Die Firma H. & Co. ist als ein frei handelndes Organ „der Willensäußerung der Kommissionäre den Kom„mittenten gegenüber aufgetreten, indem sie die an sie „gerichteten Anzeige der ersteren durch eine von ihr „ausgehende, besondere Mitteilung an die Kom„mittentin weiter geben hat. Es muß bei dieser Sach„lage von der Annahme einer rein mechanischen Tätigkeit „der als Agentin der ausländischen Kommissionäre „fungierenden Firma H. & Co. abgesehen werden. „Danach ergibt sich aber, daß die fraglichen Abwicklungs„geschäfte, soweit jene Tätigkeit dabei mitgewirkt hat, „als im Inlande abgeschlossen zu gelten haben. Es „ist auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom „2. Juli 1901 (JW. 657, 20) zu verweisen.

* * *

Nr. 2. § 18. **Ausschluß der landesgesetzlichen Besteuerung solcher Geschäfte [und der hierüber errichteten Schriftstücke], die nach TarifNr. 4 des RStempG. stempelpflichtig sind).** Durch diese Bestimmung wird die Besteuerung des Generalversammlungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft über Erhöhung ihres Grundkapitals gemäß TSt. 25a des pr. Stempelgesetzes nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ausreichung der auf Grund dieses Beschlusses auszugebenden jungen Aktien an die ersten Erwerber dem Anschaffungsstempel nach TarifNr. 4a Nr. 4 Abs. 2 des RStempG. unterliegt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 15. Dez. 1905. 136. 05.

Eine Aktiengesellschaft hatte beschlossen, ihr Grundkapital zu erhöhen. Eine Bank hatte die gesamten jungen

*) Eine die Bestimmungen des RStempG. v. 27. 4. 1894 über Wettausweise betr. Entsch. des RG. v. 2. 11. 06 (27. 06) hat wegen der Änderung der Gesetzgebung kein allgemeines Interesse mehr.

Hiernach unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung. Da die Sache zur Endentscheidung noch nicht reif ist, so war sie gemäß § 565 der ZPO. zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

* * *

Die Frage, ob die Gewährung von Geld und Kredit an eine Konkurrenzfirma unter das (beim Verkauf eines Geschäftes dem Verkäufer vertragsmäßig auferlegte) Konkurrenzverbot fällt, ist mit Rücksicht auf die in den kaufmännischen Kreisen herrschende Verkehrssitte zu beantworten.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 6. Okt. 1906. 38. 06.

Der Beklagte hatte eine ihm gehörige Maschinenfabrik an eine Aktiengesellschaft unter Übernahme der Verpflichtung verkauft, im deutschen Reich ein Konkurrenzgeschäft weder zu errichten noch zu betreiben noch auch sich direkt oder indirekt an einen solchen zu beteiligen. Die für den Fall der Zuwiderhandlung festgesetzte Vertragsstrafe wurde gegen ihn eingeklagt, weil er seinen Schwiegersohn durch Eröffnung eines Kredits bei einem Bankier in den Stand gesetzt hatte, mit einem anderen ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen, und weil er für die Sicherheit einer auf dem Fabrikgebäude des Konkurrenzgeschäfts zu Sicherung eines Kredits eingetragenen Hypothek die Bürgschaft übernommen hatte. Darüber, wie diese Handlungen zu beurteilen seien, sprach sich das RG. wie folgt aus:

Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beklagte seinen Schwiegersohn H. dadurch in den Stand gesetzt, das Geschäft mit M. zu eröffnen, daß er dem Schwiegersohn einen Kredit bei einem Bankier eröffnete, bei welchem der Beklagte selbst die Bürgschaft übernahm. Weiter hat der Beklagte auch der Firma M. & H. einen Kredit eröffnet und Bürgschaft für die Sicherheit einer Hypothek zu 75000 Mk. übernommen, welche die Firma M. & H. auf ihrem Fabrikgrundstück dem Bankhaus A. & Co. zur Sicherung für einen gewährten Kredit bestellt hatte. Daß in diesen Handlungen eine indirekte Beteiligung an dem als Konkurrenzgeschäft der Klägerin erachteten Geschäfte der Firma M. & H. gelegen sein könne, ist der Klägerin zuzugeben. Der Vertrag vom 11. 1. 1898 enthält darüber, was die damals vertragschließenden Parteien unter einer indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft verstanden haben, nichts, und nach dem wörtlichen Sinn der getroffenen Bestimmung und dem Sprachgebrauche wäre es nicht ausgeschlossen, daß auch Geld- und Kreditgewährungen der festgestellten Art von den Parteien gegenüber einer Konkurrenzfabrik ausgeschlossen werden wollten. Es ist somit nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der besonderen Umstände des Falles zu untersuchen, was bei der getroffenen Festsetzung die Willensmeinung der Parteien gewesen ist. Der Beklagte hat sich nun zur Begründung seiner Behauptung, daß die Gewährung von Geld und Kredit an seinen Schwiegersohn und die Firma M. & H. nicht unter das Vertragsverbot der indirekten Beteiligung falle, darauf berufen, daß die Klägerin selbst in diesen Leistungen, als sie ihr bekannnt wurden, keinen Verstoß gegen das Konkurrenzverbot gefunden habe, und sich zur näheren Begründung hierfür auf Vorgänge in den Aufsichtsratssitzungen der Klägerin berufen, welche das Berufungsgericht für unerheblich erachtet. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Denn wenn es richtig wäre — was der Beklagte unter Beweis gestellt hat — daß er selbst in einer Aufsichtsratssitzung die Geld- und Kreditgewährung an seinen Schwiegersohn zur Sprache gebracht und angefragt habe, ob Bedenken dagegen beständen, daß diese Frage im Aufsichtsrat ohne Widerspruch verneint wurde und Vorstand und Aufsichtsrat auch in einem gleichgelagerten zweiten Fall eine ähnliche Geld- und Kreditgewährung einstimmig als nicht unter das Konkurrenzverbot fallend erklärt hätten, so könnte damit unter Umständen eine zuverlässige Grundlage für den Rückschluß geschaffen werden, daß auch nach der Auffassung der Klägerin der Vertrag, wie er lautete, die oben festgestellten Leistungen des Beklagten nicht dem Konkurrenzverbote unterworfen. Im Zusammenhang hiermit muß es auch als erheblich erachtet werden, wenn nach der Verkehrssitte in den hier in Betracht kommenden kaufmännischen Kreisen das Verbot der indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nicht dahin aufgefaßt wird, daß es die Gewährung von Geld und Kredit an die konkurrierende Firma gleichfalls ausschließt. Denn wenn es auch richtig ist, daß über die Bedeutung und Tragweite des vorliegenden Vertragsinhalts das Gericht selbst zu entscheiden hat, so folgt doch aus § 157 des BGB., daß die Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu geschehen hat, und hiernach kann es für die Beurteilung der in Rede stehenden Vertagsbestimmung keineswegs belanglos sein, was nach der Verkehrssitte der beteiligten Kreise unter der verbotenen indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft verstanden wird. Die von dem Berufungsgericht abgelehnte Erhebung des vom Beklagten angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweises gewinnt aber auch deshalb Bedeutung, weil an dem Satze festzuhalten ist, daß Strafgedinge, weil sie eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten, nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, und es deshalb dem Beklagten frei-

gelassen werden muß, den Nachweis zu führen, daß eine Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft nur durch Kapital- oder Kreditgewährung und ohne Anteil am Geschäftsgewinn auch von der Klägerin selbst als nicht als unter das Vertragverbot fallend angesehen worden ist. Da das angefochtene Urteil somit auf unvollständiger Würdigung des von dem Beklagten unter Beweis gestellten Verteidigungsvorbringens beruht, so war dasselbe aufzuheben.

* * *

Wird bei einem, für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen Lieferungsvertrage vereinbart, daß der Käufer die Ware nach Maßgabe seines Bedarfs in unbestimmten größeren und kleineren Mengen abrufen kann, so liegt allerdings kein eigentlicher Sukzessivlieferungsvertrag vor, jedoch sind die Grundsätze bezügl. des Sukzessivlieferungsvertrages in solchem Falle analog in dem Sinne anwendbar, daß der Verzug des Verkäufers mit der bestellten Teillieferung nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellen kann, die einen Schadensersatzanspruch des Käufers begründet nicht bloß wegen der auf die Teilbestellung rückständigen Ware, sondern wegen der Gesamtheit der Ware, die der Verkäufer innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung des Verkaufes hätte verkaufen können.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 28. Sept. 1906. 83. 06.

Das Berufungsgericht ist in rechtlich einwandfreier Vertragsauslegung davon ausgegangen, die Klägerin sei zum Bezuge von 1500 Stück Türschließer „Portier" „pro Jahr", also auch für das erste Jahr, verpflichtet gewesen und Beklagte habe jedenfalls so viel liefern müssen, als die Klägerin abzunehmen gehabt habe. Es stellt tatsächlich fest, Klägerin habe 300 Stück bestellt, Beklagte aber nur 204 Stück geliefert, hiervon aber auf Bemängelung der Klägerin 157 Stück zurückgenommen; auf die bestellten 300 Türschließer habe sie 253 Stück nicht geliefert, obwohl sie von der Klägerin zur Lieferung, wie des näheren ausgeführt ist, des öftern und in der dringendsten Weise sowie unter der Androhung brieflich aufgefordert worden sei, daß sie allen Schaden geltend machen werde, den sie dadurch erleide, daß sie weitere Bestellungen nicht annehmen könne und den Vertrieb der Türschließer einstellen müsse. Auf Grund dieser Feststellungen ist erwogen, die Beklagte, die im Verzuge gewesen und trotz Gewährung genügender Nachfristen nicht geliefert habe, müsse der Klägerin nicht bloß für den Schaden, der ihr durch die Nichtlieferung der bestellten 253 Stück entstanden sei, sondern für den gesamten Schaden aufkommen, den diese dadurch erlitten habe, daß sie nicht diejenige Anzahl Türschließer habe verkaufen können, die sie bei vertragsmäßiger Lieferung seitens der Beklagten verkauft haben würde. Zur Bestimmung der Höhe dieses Schadens ist dann, da das erstattete Gutachten des Sachverständigen Leicher hierzu nicht ausreichend erschien, die eidliche Schätzung durch den Inhaber der klagenden Firma angeordnet worden mit der Maßgabe, daß die eidliche Schätzung den Betrag von 7000 Mk. nicht übersteigen dürfe.

(Nach Zurückweisung anderer Angriffe heißt es weiter:) Endlich wird gerügt, die Beklagte habe sich nicht im Verzuge befunden. Die Klägerin habe nur 300 Stück abgerufen. Wenn sie durch die angeblich mangelhafte Lieferung sich habe abhalten lassen, weitere Bestellungen zu machen, so könne hinsichtlich des fehlenden Vertragsquantums die Beklagte nicht in Verzug gekommen sein, zumal eine Spezifikation der zu liefernden Türschließer erforderlich gewesen wäre. Hieran könne der Umstand nichts ändern, daß die Klägerin Schadensersatzforderung angedroht habe. Auch seien die Bestimmungen der Art. 355 und 356 des HGB. a. F. nicht beobachtet. Die Rüge kann als gerechtfertigt nicht anerkannt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Nichtlieferung seitens der Beklagten für die Klägerin die Folge, einesteils, daß jede weitere Bestellung zweck- und sinnlos gewesen wäre, anderenteils, daß die Klägerin infolge des vertraglichen Verbots, anderweit Türschließer zu beziehen, in die Unmöglichkeit versetzt wurde, von ihren Kunden weitere Bestellungen entgegen zu nehmen, und deshalb den Vertrieb der Türschließer aufgeben mußte. Das Vertragsverhältnis der Parteien hat mit einem Sukzessivlieferungsvertrage eine große Verwandtschaft insofern, als die Parteien bei Abschluß des einheitlichen Vertrages offenbar davon ausgegangen sind, daß die Klägerin die 1500 Stück Türschließer, die sie „pro Jahr" beziehen mußte, nach Maßgabe ihres Bedarfs nach und nach beziehen werde. Die Abweichung bestand nur darin, daß nicht wie bei einem Sukzessivlieferungsvertrage, eine Ratenlieferung, Erfüllung durch Teilleistungen, vorgesehen war, vielmehr Klägerin vertraglich nicht behindert war, die 1500 Stück nach Maßgabe ihres Bedarfs in unbestimmten größeren oder kleineren Mengen abzurufen. Bei der inneren Verwandtschaft des Vertragsverhältnisses der Parteien mit dem eigentlichen Sukzessivlieferungsvertrage und bei der durch die Einstellung der Lieferungen seitens der Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geschaffenen eigentümlichen Sach- und Rechtslage rechfertigt es sich, die in der Rechtsprechung des OHG. und des RG. bezüglich der Sukzessivlieferungsverträge den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechend ausgebildeten Rechtsgrundsätze analog auch auf das fragliche Vertragsverhältnis in dem Sinne anzuwenden, daß der Verzug der Beklagten mit der Lieferung der bestellten Türschließer nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellt, welche einen Schadensersatz der Klägerin nicht bloß wegen der auf die Bestellung rückständigen 253 Stück, sondern wegen der Gesamtheit der Türschließer begründet, die Klägerin innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung seitens

der Beklagten hätten verkaufen können. Auch widerspricht es den im Handelsverkehr herrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn die Beklagte eine Einrede gegen den geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus dem Mangel weiterer Bestellungen der Klägerin herleiten will, obwohl sie doch durch die Einstellung der Lieferungen die Klägerin vertragswidrig in die Unmöglichkeit versetzt hat, weitere Bestellungen zu machen. Von diesen Gesichtspunkten aus ist die Entscheidung des Berufungsgericht rechtlich nicht zu beanstanden.

Literatur.

Eingänge.

v. Hofmann, Dr. H., Privatdozent der Universität Göttingen, Sammlung Göschen, deutsches Kolonialrecht. Leipzig 1907. G. J. Göschen'sche Verlagsbuchhandlung. Geb. Mk. 0,60.

Gruber, Th. Professor. Wirtschaftliche Erdkunde. Leipzig 1906. Verlag von B. G. Teubner in Leipzig-Berlin. Geheftet Mk. 1,—, geb. Mk. 1,25.

Halle von E., Professor an der Universität zu Berlin. Das Ausland, die Weltwirtschaft, Ein Jahr- und Lesebuch. 1. Jahrgang 1906, III. Teil. Leipzig und Berlin 1906. Verlag von B. G. Teubner. Geheftet Mk. 5,—, geb. Mk. 5,80.

Hirsch, Dr. Karl. Grenzfragen des öffentlichen und privaten Rechts, Verrufserklärungen, Haager Abkommen, öffentliche Interessen im Privatrecht. Berlin 1907. Carl Heymanns Verlag.

Könige, Heinr., Reichsgerichtsrat in Leipzig, Stranz, Dr. Josef, Justizrat in Berlin, Pinner, Albert, Justizrat in Berlin. Staubs Kommentar zum HGB., 8. Auflage. Bearbeitet unter Benutzung des handschriftlichen Nachlasses. Zweiter Band, erste Hälfte (Buch 3, Handelsgeschäfte §§ 343—373). Berlin 1907. J. Guttentags Verlagsbuchhandlung G. m. b. H. Mk. 7.—

Leutke, Dr. jur. P., Postinspektor. Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäftes. Berlin 1905. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung G. m. b. H.

Lewinski von Karl, Gerichtsassessor in Berlin. England als Erzieher? Sonderabdruck aus „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts", 51. Jahrgang. Berlin 1907. Verlag von Franz Vahlen, W. 8, Mohrenstraße 13/14. Mk. 1,—.

Schröter, Max, Bücherrevisor. Die doppelte Buchführung für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Erlernung und Ueberwachung der gesamten Buchführung nebst Darstellung der Erfordernisse und des Hergangs bei Gründung von Aktiengesellschaften bezw. Umwandlung bestehender privater Unternehmungen in Aktien-Gesellschaften. Leipzig 1906. G. A. Gloeckner, Verlag kaufmännischer Hand-Lehr- und Sprachbücher.

Stillich, Dr. Oskar, Dozent an der Humboldt-Akademie in Berlin. Geld- und Bankwesen, Ein Lehr- und Lesebuch. Berlin 1907. Verlag von Karl Curtius. Mk. 4,20.

Warneyer, Dr. Otto, Amtsrichter in Leipzig. Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Unter Mitwirkung von Amtsgerichtsrat Meves in Magdeburg und Amtsrichter Dr. Gutmann in Dresden. 5. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1906 zu BGB., EGBGB., HGB., WO., ZPO., KOAnfG., FGG., GBG., GBO., und 49 anderen Gesetzen. Leipzig 1907. Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. Mk. 8,—.

Weißler, Adolf, Rechtsanwalt und Notar in Halle a. S. Reichs-Archiv. Sammlung des gesamten Reichsrechts in seiner heute gültigen Gestalt. Erste Lieferung. Leipzig 1907. Verlag von C. E. M. Pfeffer.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt Dr. Heilbrunn, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Soeben erschien:

Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen

von **Richard Maatz**

Regierungsrat, Vorsitzender der Einkommensteuer-Veranlagungskommission des Stadtkreises Altona.

Vierte Auflage.

Preis 6 M., gebunden 7 M.

Allein das Erscheinen in vierter Auflage beweist, welchen Beifall sich das Buch in Kaufmannskreisen erworben hat. Es stellt sich keineswegs in die Reihe der zahlreichen Buchführungslehrbücher, sondern es greift eine, von diesen meist nur Unterrichtszwecken dienenden Werken nicht erörterte, für die Kaufmannswelt aber besonders wichtige Frage heraus, nämlich wie die kaufmännischen Bilanzen für die Steuerzwecke behandelt werden müssen. Nicht also an den jungen Lehrling, sondern an den Kreis der selbständigen Kaufleute wendet sich das Buch, das in seiner vierten Auflage allen Neuerungen und Fortschritten der Rechtslehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung gefolgt ist.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.** Leipzig
Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 4. **Berlin, Sonnabend 13. April 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906. Von Reichsgerichtsrat Meyn. — Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht. Von Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin. Die Sanierung (Nachtrag). — Einige Bemerkungen betreffend die Reform des Wechselprotestes. Von Landgerichtsrat Dr. Marcus, Berlin. — Zur Frage des § 1333 des österreichischen Allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches. Von Dr. Hermann Freund in Wien. — Entscheidungen des Reichsgerichts — Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes im Konkursfalle. — Kleine Mitteilungen. — Literatur: Eingänge.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Reichsstempelgesetz v. 14. Juni 1900.*)

Nr. 1. **§ 6 Abs. 2 und 3.** („Ist, wenn ein inländischer Kommittent einem ausländischen Kommissionär einen Auftrag erteilt und dieser durch seinen inländischen Agenten dem Kommittenten von der Annahme oder Ausführung des Auftrags Kenntnis gibt, das Geschäft im Inlande oder Auslande abgeschlossen?")

Urt. des VII. ZivSen. vom 3. Jan. 1905. 252. 04.

Eine Bremer Firma hatte als Kommittentin ohne Vermittlung Dritter amerikanischen und englischen Firmen als Kommissionären Aufträge zum börsenmäßigen Ankauf oder Verkauf von Baumwolle erteilt. Die ausländischen Firmen hatten die Geschäfte mit Dritten abgeschlossen und telegraphische Mitteilung hievon an ihren Agenten in Bremen, die Firma H. & Co. gesandt. Diese hatte die an sie gerichteten Depeschen ihrem Wortlaut nach an die Kommittentin weiter gegeben. Die Stemepelsteuerbehörde war der Ansicht, daß es sich bei diesen Mitteilungen um Abwicklungsgeschäfte (§ 7 Abs. 3) handle und daß solche, da für deren Zustandekommen die Mitteilung der Firma H. & Co. an die Kommittentin erheblich sei, als im Inlande abgeschlossen zu gelten hätten. Die letztere vertrat dagegen die Meinung, daß die Geschäfte im Auslande abgeschlossen seien, wollte daher nur zur Zahlung des halben Stempelbetrages verpflichtet sein und klagte auf Zurückzahlung der Hälfte des von ihr auf Erfordern der Stempelsteuerbehörde gezahlten vollen Stempelbetrages. Das RG. hob die dem Klagvertrage entsprechende Berufungsentscheidung mit folgender Begründung auf:

„Die Firma H. & Co. ist als ein frei handelndes Organ „der Willensäußerung der Kommissionäre den Kommittenten gegenüber aufgetreten, indem sie die an sie „gerichteten Anzeige der ersteren durch eine von ihr „ausgehende, besondere Mitteilung an die Kommittentin weiter geben hat. Es muß bei dieser Sachlage von der Annahme einer rein mechanischen Tätigkeit „der als Agentin der ausländischen Kommissionäre „fungierenden Firma H. & Co. abgesehen werden. „Danach ergibt sich aber, daß die fraglichen Abwicklungsgeschäfte, soweit jene Tätigkeit dabei mitgewirkt hat, „als im Inlande abgeschlossen zu gelten haben. Es „ist auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom „2. Juli 1901 (JW. 657, 20) zu verweisen.

* * *

Nr. 2. **§ 18. Ausschluß der landesgesetzlichen Besteuerung solcher Geschäfte [und der hierüber errichteten Schriftstücke], die nach TarifNr. 4 des RStempG. stempelpflichtig sind).** Durch diese Bestimmung wird die Besteuerung des Generalversammlungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft über Erhöhung ihres Grundkapitals gemäß TSt. 25a des pr. Stempelgesetzes nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ausreichung der auf Grund dieses Beschlusses auszugebenden jungen Aktien an die ersten Erwerber dem Anschaffungsstempel nach TarifNr. 4a Nr. 4 Abs. 2 des RStempG. unterliegt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 15. Dez. 1905. 136. 05.

Eine Aktiengesellschaft hatte beschlossen, ihr Grundkapital zu erhöhen. Eine Bank hatte die gesamten jungen

*) Eine die Bestimmungen des RStempG. v. 27. 4. 1894 über Wettausweise betr. Entsch. des RG. v. 2. 11. 06 (27. 06) hat wegen der Änderung der Gesetzgebung kein allgemeines Interesse mehr.

Aktien übernommen. Zu der hierüber aufgenommenen Schlußnote war der Anschaffungsstempel nach TarifNr. 4a Nr. 4 Abs. 2 des RStempG. kassiert. Von den ratenweisen Einzahlungen auf die Aktien wurde der preußische Landesstempel (Tarifst. 25a PrStempG.) erhoben; die Bank widersprach dem, weil diese Bestimmung durch § 18 des RStempG. ausgeschlossen sei. Ihre Klage auf Rückzahlung des bezahlten Landesstempels wurde in allen Instanzen abgewiesen. Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Sowohl der jetzt erkennende Senat als auch der zweite Zivilsenat des RG. haben wiederholt ausgesprochen, daß die durch den Abs. 2 der TarifNr. 4a Z. 2 RStempG. vom 27. 4. 1894 (jetzt Abs. 2 der Tarifn. 4a Z. 4 des RStempG. vom 14. 6. 1900) neu eingeführte Stempelvorschrift nur die einseitige Zuteilung, Übernahme oder Ausreichung der Wertpapiere trifft und im Übrigen den materiellen Inhalt des betreffenden Gesellschaftsvertrages für die landesgesetzliche Besteuerung freiläßt. (Entsch. des RG. 45, 99 ff.; JW. 1901, 178, 44.) Diese Entscheidungen betrafen Fälle, in denen es sich um die Errichtung einer Aktiengesellschaft oder um die Vereinigung zweier Aktiengesellschaften handelte. Dieselben Grundsätze müssen aber für den hier vorliegenden Fall der Erhöhung des Grundkapitals einer bestehenden Aktiengesellschaft gelten. Denn es kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß der eine einseitige Rechtshandlung der Klägerin darstellende Generalversammlungsbeschluß und die um mehr als ein Jahr später erfolgte entgeltliche Übernahme der Aktien, welche die Natur eines zweiseitigen Vertrages hat, von einander verschiedene Rechtsakte sind. Daß beide der Erhöhung des Grundkapitals dienen, also in wirtschaftlichem Zusammenhange stehen, kann an ihrer rechtlichen Verschiedenheit für die Stempelfrage nichts ändern, denn nicht die Erhöhung selbst ist Gegenstand der Steuerpflicht, sondern einerseits nach Landesrecht der Gesellschaftsvertrag oder Generalversammlungsbeschluß über die Erhöhung, andererseits nach Reichsrecht die Ausreichung der Aktien. Das verkennt auch die Revision nicht. Sie weist aber darauf hin, ein Gesellschaftsvertrag über die Kapitalerhöhung setze die gleichzeitige Übernahme des neu zu beschaffenden Kapitals durch die Aktionäre voraus, da im anderen Falle die Erhöhung nicht durch den Gesellschaftsvertrag, sondern erst durch eine nachfolgende Begebung der neuen Aktien erfolgen würde; der Erwerb der Aktien vollziehe sich auf Grund des Gesellschaftsvertrages, wie der Beschluß der vereinigten Zivilsenate des RG. vom 30. 6. 1892 (Entsch. 31, 17 ff.) ergebe, und deshalb stelle sich der Gesellschaftsvertrag, also auch der diesem entsprechende Generalversammlungsbeschluß, als ein Schriftstück über ein dem Schlußnotenstempel unterworfenes Geschäft dar. Diese Ausführungen sind unzutreffend. Die Kapital-Erhöhung setzt keineswegs die Übernahme des neu zu beschaffenden Kapitals durch die Aktionäre voraus. Sie tritt zwar erst in Wirklichkeit ein, wenn die Aktiengesellschaft durch ihre Organe die Gegenwerte für die neu auszugebenden Aktien annimmt. Darauf kommt es aber, wie oben dargelegt, nicht an; stempelpflichtig ist vielmehr der im § 280 HGB. bezeichnete „Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals", welcher der Zeichnung und Zuteilung der Aktien (§§ 281, 282 das.), also auch dem tatsächlichen Eintritt der Kapitalserhöhung selbst, vorangehen muß. Der bezeichnete Beschluß der vereinigten Zivilsenate ist für den vorliegenden Fall nicht zu Gunsten der Revision zu verwerten, denn er ist auf Grund des früheren RStempG. vom 29. 5. 1885 ergangen und in diesem fehlte noch die Vorschrift des Abs. 2 der TarifNr. 4a Z. 4 des RStempG. vom 14. 6. 1900, auf Grund deren der hier in Betracht kommende Schlußnotenstempel erhoben worden ist. Gerade jener Beschluß hat den Anlaß zur Einfügung der neuen Vorschrift in das Gesetz gegeben. (Entsch. 45, 102.)

Auch der von der Revision in Bezug genommene Abs. 4 der Tarifst. 25a des LandesStempG. steht ihr nicht zur Seite. Er bestimmt, daß der Stempel für den Erhöhungsbeschluß, falls das Kapital nicht sofort voll eingezahlt wird, von der jedesmaligen Teilzahlung zu entrichten ist. Der Berufungsrichter versteht diese Vorschrift dahin, daß nur die Fälligkeit des Stempels bis zur Einzahlung hinausgeschoben wird. Er übersieht jedoch, daß es zur Entrichtung des Stempels für den Erhöhungsbeschluß überhaupt nicht kommt, wenn die Einzahlung endgültig unterbleibt, wenn also z. B. der Erhöhungsbeschluß hinterher wieder aufgehoben wird, bevor irgend eine Einzahlung erfolgt ist. Die Einzahlung ist hiernach ein außerhalb des Erhöhungsbeschlusses bestehendes, zukünftiges, ungewisses Ereignis, von dessen Eintreten die Stempelpflichtigkeit des Beschlusses abhängig gemacht ist. Danach ist die auf dem Protokoll über den Erhöhungsbeschluß ruhende Urkundenstempelpflicht eine aufschiebend bedingte. Würde nun das RStempG. auch die außerhalb des Beschlusses stehende Tatsache der Einzahlung dem Reichsstempel unterwerfen, so würde auch dann nicht der § 18 des RStempG. anzuwenden sein, denn die Einzahlung und der Erhöhungsbeschluß sind rechtlich verschiedene Geschäfte. Dasselbe muß aber umsomehr dann gelten, wenn der Reichsstempel, wie in der TarifNr. 4a Z. 4 Abs. 2 bestimmt ist, nicht die Einzahlung, sondern ein anderes Geschäft, nämlich die Ausreichung der Wertpapiere an den ersten Erwerber, d. h. das Geschäft, durch das der Anspruch auf diese Ausreichung begründet wird (Entsch. 39, 126), zum Gegenstand nimmt.

* * *

Nr. 3. **TarifNr. 1a. (Emissions-[Effekten-] Stempel.)** Bei jungen Aktien ist, auch wenn die emittierende Aktiengesellschaft sie nicht zu einem bestimmten Überparikurse ausgibt, der Emissions-(Effekten-)stempel von dem Nennbetrag zuzüglich des höheren Wertes, für welchen sie von den ersten Erwerbern übernommen werden, zu entrichten.

A. Im Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften.

Urt. des VII. ZivSen. vom 26. Sept. 1905. 614. 04.

Im Jahre 1902 schlossen die Bank für Süddeutschland und die Bank für Handel und Industrie, beide in Darmstadt, einen Verschmelzungsvertrag mit einander dahin ab, daß die Bank für Süddeutschland ihr Vermögen als Ganzes ohne Liquidation an die Bank für Handel und Industrie gegen einen Betrag von 13 060 000 Mk. übertrug, den diese in Gestalt von 13 060 neuen Aktien zu 1000 Mk. das Stück an die Aktionäre der Bank für Süddeutschland zu gewähren hatte. Die Bedingungen gingen im einzelnen dahin, daß die Aktionäre der Bank für Süddeutschland für vier Aktien ihrer Bank zum Nennwert von 300 Mk. das Stück, also für einen Nennwert ihrer Aktien zum Belaufe von 1200 Mk. eine Aktie der Bank für Handel und Gewerbe zum Nennwert von 1000 Mk. erhalten sollten. Außerdem hatten die Aktionäre der Bank für Süddeutschland für jede der neuen Aktien

bei deren Aushändigung einen Barbetrag von 20 Mk. an die Bank für Handel und Industrie als Betrag des Reichsstempels zu entrichten. Die Bank für Handel und Industrie gab in Durchführung dieses Vertrages 13060 neue Inhaberaktien über je 1000 Mk. an die Aktionäre der Bank für Süddeutschland aus und verstempelte jede dieser Aktien mit 20 Mk. Der hessische Fiskus erachtete dies für unzureichend. Er war der Ansicht, daß die neuen Aktien nicht nach ihrem Nennwert von 1000 Mk., sondern nach einem Wert von 1370 Mk. zu besteuern seien, was einen Stempelbetrag von 28 Mk. für jede Aktie, also einen Mehrbetrag von 8 Mk. für das Stück und von 104480 Mk. für sämtliche 13060 Stück ergab. Die Bank für Handel und Industrie entrichtete diese Summe und forderte alsdann hiervon mit der erhobenen Klage einen Teilbetrag von 2000 Mk. nebst Zinsen zurück, indem sie geltend machte, daß die Stempelmehrforderung des Beklagten ungerechtfertigt sei. Die erste Instanz gab der Klage statt, die zweite und dritte wiesen sie ab. Gründe des Revisionsurteils:

Der erkennende Senat hat zu der vorliegenden Rechtsfrage bereits in einem Urteil vom 12. 4. 04 (siehe Holdheims MSchr. 1904, 265) Stellung genommen und findet weder in den Ausführungen des ersten Richters noch in denjenigen der Revision, die sich im wesentlichen an jene anschließen, einen Anlaß, diesen auch vom Berufungsrichter geteilten Standpunkt wieder zu verlassen.

I. Der Berufungsrichter faßt die Ausführungen des ersten Richters dahin auf, daß dieser in erster Reihe angenommen habe, bei der Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften stelle die Gewährung junger Aktien an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft überhaupt keine „Ausgabe" von Aktien im Sinne des Gesetzes dar, da unter solcher nur die Begebung von Aktien an das Publikum zu verstehen sei. Ob dies wirklich die Meinung des ersten Richters ist, erscheint zweifelhaft, wenn man seine Ausführungen im Zusammenhange würdigt. Sollte der Berufungsrichter mit seiner Auffassung Recht haben, so kann ihm nur beigetreten werden, wenn er solche Ansicht des ersten Richters für irrig erklärt. Der Inhalt des HGB. bietet für dessen Annahme keine Handhabe. Daß in dieser Beziehung nicht der Gebrauch des Ausdrucks „Gewährung" in § 305 verwertet werden kann, bedarf kaum der Hervorhebung. Dieser Ausdruck und nur dieser, nicht das Wort „Ausgabe" ist hier am Platze, weil es sich an dieser Stelle um Bezeichnung der Gegenleistung handelt. Ebensowenig kann davon die Rede sein, daß das RStempG. den Ausdruck „Ausgabe" in dem (nach der Auffassung des Berufungsrichters) vom Landgericht gewollten engen Sinne angewendet habe. Mit Recht sagt der Berufungsrichter, weder das Gesetz noch der Tarif noch die Ausführungsvorschriften des Bundesrats ergäben irgend einen Anhalt für die Richtigkeit jener Ansicht; unter „Ausgabe" im Sinne dieser Bestimmungen, sei vielmehr ganz allgemein nur die Überlassung der Aktien von der Aktiengesellschaft an andere zu verstehen.

Es kommt indessen auf diesen Punkt nicht an. Die Ausführungen des ersten Richters sowohl wie diejenigen der Revision lassen keinen Zweifel darüber, daß es für den von ihnen eingenommenen Standpunkt nicht entscheidend ist, was das Wort „Ausgabe" (von Aktien) isoliert betrachtet zu bedeuten hat, sondern daß das Schwergewicht für sie auf Beantwortung der Frage ruht, was das Gesetz unter „Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage" versteht. Ihr Gedankengang ist, in Kürze dargestellt, der folgende: Das HGB. begreife in seinen hierauf bezüglichen Bestimmungen (§§ 184 Abs. 2, 195 Abs. 3, 199 Abs. 1 Nr. 2, 262 Nr. 2, 278 Abs. 3, 284 Abs. 5) unter Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage nur den von der Aktiengesellschaft selbst bei der Ausgabe festgesetzten Überpari-Emissionskurs. Denselben Sinn und nur diesen verbinde das RStempG. mit der Bestimmung in der TarifNr. 1 a, wonach bei inländischen Aktien die Versteuerung zuzüglich des Betrages erfolgt, zu welchem sie höher, als der Nennwert lautet, ausgegeben werden. Im vorliegenden Falle habe die aufnehmende Aktiengesellschaft, die an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft gewährten Aktien an diese nicht zu einem von ihr festgesetzten Überparikurse, sondern nur zum Nennbetrage überlassen; daher sei nichts vorhanden, was über den Nennbetrag hinaus dem Emissionsstempel als Steuerobjekt dienen könnte. Der innere Wert der Aktien könne als solches Steuerobjekt nicht angesehen werden.

Diese Auffassung kann nicht für richtig erachtet werden. Zutreffend ist, daß das HGB. unter der Ausgabe der Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage nur die Ausgabe zu einem von der Aktiengesellschaft selbst festgesetzten, bestimmten den Nennbetrag übersteigenden Kurse versteht. Nicht zutreffend ist dagegen die Annahme, daß bezüglich dieses Punktes die Begriffskreise des HGB. und des RStempG. sich mit einander decken. Freilich ist es selbstverständlich, daß das RStempG. jenen Fall auch vor Augen hat, wenn er von dem „Betrage" spricht, „zu welchem die Aktien höher als der Nennwert lautet, ausgegeben werden." Allein der Sinn dieser Worte beschränkt sich hierauf nicht; er reicht darüber hinaus. Die Worte lassen auch Raum für den Fall, daß die Aktien, ohne ziffermäßige Festsetzung eines den Nennbetrag übersteigenden Kurses, zu einem den Nennbetrag übersteigenden *Werte* ausgegeben werden. Daß die Bestimmung des RStempG. in diesem Sinne ausgelegt werden muß, ergibt die folgende Betrachtung. Es sei der Fall gesetzt, daß bei der Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften die aufnehmende Gesellschaft zwei Millionen junger Aktien ausgibt, von denen sie die eine den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft gewährt, während sie die zweite ihren alten Aktionären anbietet oder zur Subskription auflegt oder an der Börse einführt. Es sei ferner angenommen, daß sie für diese zweite Million einen Emissionskurs von 150% festsetzt. Diese Maßnahme läßt sich von verschiedenen Gesichtspunkten aus beurteilen. Hier greift der folgende Platz. Der Nennbetrag der Aktien hat eine zweifache Bedeutung. Er gibt erstens in Zusammenhalt mit Zahl und Nennbetrag der übrigen Aktien das Anteilsverhältnis des einzelnen Aktionärs am Gewinn und dem etwaigen Liquidationsvermögen der Aktiengesellschaft an und bezeichnet ferner den Mindestbetrag (§ 184 Abs. 1 des HGB.), der an die Gesellschaft zu entrichten ist, wenn jemand das Recht der Mitgliedschaft erwerben will. Abzusehen ist hier von der funktionellen Bedeutung, die diesem Betrage in der Hand der Aktiengesellschaft in der Eigenschaft als Einlage und damit als Teil und Bildungselement des Grundkapitals beiwohnt. Abzusehen ist hier ferner von der abstraktrechtlichen Konstruktion der Verhältnisse zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft bei der Gründung (bezw. Neugründung) (siehe Entsch. des RG. 31, 21). Hier kommt es nur an auf die praktische Betrachtungsweise vom Standpunkte des Aktionärs. Bei einfach natürlicher wirtschaftlicher Anschauung der Dinge von diesem Gesichtspunkt aus läßt sich jener Betrag als Entgelt oder Gegenwert gegen das von der Aktiengesellschaft gewährte Mitgliedschaftsrecht ansehen. Die Aktiengesellschaft kann nun, sei es bei der Gründung, sei es bei der Ausgabe junger Aktien, die Ansicht hegen, daß der Wert ihrer Mitgliedsberechtigungen den Nennbetrag der Aktie

übersteigt. In solchem Falle erhöht sie nach ihrer Schätzung dieses Wertes den Betrag, der an sie als Entgelt oder Gegenwert für die Gewährung von Mitgliedsberechtigungen zu entrichten ist. Der Nennbetrag mit dieser Erhöhung (dem Emissionsagio) stellt alsdann das Entgelt oder den Gegenwert für das gewährte Mitgliedsrecht dar. Im obigen Falle erklärt demgemäß die Aktiengesellschaft, indem sie 1000 Stück neuer Aktien zum Nennwert von je 1000 Mk., aber zu einem Emissionskurse von 150 % ausgibt, daß sie den Wert dieser neugeschaffenen 1000 Mitgliedsrechte nicht auf dem Nennwert von 1000 Mk. bezw. 1½ Millionen bemißt und nur gegen Zahlung dieses Betrages die neuen Mitgliedsrechte gewähren will. Der Emissionsstempel hat, wie so oft die Stempelsteuer, den Kapitalswechsel zum Gegenstande. Er will das Kapital treffen auf seinem Wege und in seinem Übergange aus der Hand des Aktionärs in die Hand der Aktiengesellschaft. Danach ist es nur folgerichtig und dem Wesen und Zweck des Emissionsstempels entsprechend, wenn durch die neuen Bestimmungen des RStempG. vom 14. 6. 1900 nicht nur der Nennbetrag, sondern auch der Betrag des Emissionsagios der Versteuerung unterworfen wird; denn auch hier handelt es sich, wie dargelegt, um einen Kapitalsübergang. Daß das Emissionsagio trotz seiner rechtlichen Natur als Kapitalseinlage (siehe hierüber aus der neuesten Literatur und Rechtsprechung, Rehm Bilanzen S. 345, 348, Entsch. des PrOVG. in Staatssteuersachen 10. 252), welche es zu einem Bildungsfaktor des Grundkapitals prädestiniert, demnach nicht diesem, sondern dem Reservefonds zuzuführen ist, beruht lediglich auf den positiven Bestimmungen des deutschen HGB.

Es fragt sich nun, wie es mit den anderen 1000 Stück neuen Aktien zum Nennwert von je 1000 Mk. steht, welche in dem oben angenommenen Falle die aufnehmende Aktiengesellschaft den Aktionären der einverleibten Geschaft als Entgelt für das ihr überlassene Vermögen dieser Gesellschaft gewährt. Auf der Hand liegt, daß die aufnehmende Gesellschaft, die durch die oben angenommene gleichzeitige Ausgabe einer anderen Million junger Aktien zum Emissionskurse von 150 % gezeichnet hat, welchen Wert sie ihren Mitgliedschaftsrechten beilegt, nicht wohl gewillt sein wird, den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft ein Geschenk von hunderttausenden zu machen, indem sie nur den Nennwert der neuen Aktien dem ihr überlassenen Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gegenüber stellt. Es ist vielmehr selbstverständlich, daß sie, mag es auch mit Modifikationen geschehen, im wesentlichen hier gleichfalls den wirklichen inneren Wert der Aktien als Entgelt und Gegenwert gegen das Vermögen der einverleibten Gesellschaft verwendet. Im Großen betrachtet, wird sich das Verhältnis daher so darstellen, daß, wenn die aufnehmende Gesellschaft den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft 1000 Stück junger Aktien zum Nennwert von 1 Million gewährt, der Wert des ihr überlassenen Vermögens jener Gesellschaft nicht 1 Million, sondern 1½ Millionen betragen wird. Die Gleichheit der beiden angenommenen Fälle springt in die Augen. In beiden Fällen gibt die Aktengesellschaft nichts Sachliches und Körperhaftes, sondern etwas Immaterielles hin, nämlich je 1000 Mitgliedsrechte. Dafür empfängt sie jedesmal ein Kapital von 1½ Millionen, das eine Mal in barem Gelde, das andere in anderen Vermögensgegenständen. Der Emissionsstempel will, wie oben erörtert, das Kapital in seinem Wechsel treffen. Es ist daher schlechterdings nicht einzusehen, weshalb vom Standpunkt des Gesetzes aus es einen Unterschied soll begründen können, daß das Kapital, welches in die Hand der Aktiengesellschaft wandert, in dem einen Falle aus barem Gelde, in dem andern aus sonstigen Vermögenswerten besteht. Das Gesetz kennt auch einen solchen Unterschied nicht. Es herrscht kein Zweifel darüber, daß der Emissionsstempel auch dann zu erlegen ist, wenn die Kapitaleinlage, für welche das Aktienrecht gewährt wird, nicht Geldeinlage, sondern Sacheinlage ist. Gilt dies, wie von dem ersten Richter und der Revision nicht in Frage gezogen ist und nicht in Frage gezogen werden konnte, soweit der Nennbetrag der Aktie reicht, so fehlt es an jedem ersichtlichen Grunde für die Annahme, daß, soweit es sich um den den Nennwert übersteigenden Betrag handelt, plötzlich ein bisher unbekannter Unterschied wirksam hervortreten sollte. Nach diesem allem muß das Gesetz seinem Sinn und Zweck gemäß dahin ausgelegt werden, daß unter dem „Betrag", zu dem die Aktien „höher", als der Nennwert lautet, ausgegeben werden, nicht nur ein ziffermäßig festgesetzter Überpari-Emissionskurs, sondern auch der den Nennbetrag übersteigende Wert zu verstehen ist, zu dem sie von den ersten Erwerbern übernommen werden.

Die Verhandlungen der Reichstagskommission und des Reichstags berühren diesen Punkt allerdings nicht ausdrücklich; allein ihr Inhalt läßt zur Genüge erkennen, daß die oben vertretene Auffassung innerhalb der Tragweite der gewollten Änderung liegt. Wenn in der Kommission (siehe den Kommissionsbericht S. 16, Drucksachen des Reichstages 1898/99 Nr. 870) der Gedanke als richtig anerkannt wurde, daß „die wirkliche Kapitalanlage und nicht der Nennwert des Kapitals stempelpflichtig zu machen sei", und dieser Gedanke zu der vorliegenden Gesetzesänderung führte, so trifft selbige auch den streitigen Fall. Was aber den oben erwähnten allgemeinen Gesichtspunkt angeht, unter dem der Emissionsstempel steht, so wird er voll beleuchtet durch die bei Beratung einer anderen Tarifbestimmung getane Äußerung des Berichterstatters, die ganze Stempelgesetzgebung gehe von dem Gedanken aus, daß das Kapital überall, wo es sich auf dem öffentlichen Markte zeige, sei es, daß es zum Ankauf von Immobilien, Aktien oder Wertpapieren benutzt werde, mit einer Stempelsteuer belegt werden solle (StenB. 5879).

Die stärkste Stütze findet die getroffene Auslegung in Nr. 4 der Ausführungsbestimmung des Bundesrats vom 21. 6. 1900, woselbst es heißt, als Betrag, zu dem die Papiere (höher als der Nennwert) ausgegeben würden, gelte der Preis oder Wert, für welchen sie von den ersten Erwerbern übernommen würden. Daß hier unter „Wert" nicht ein ziffermäßig festgesetzter Emissionskurs zu verstehen ist, erscheint zweifellos. Die Revision hat allerdings, im Anschluß an entsprechende Ausführungen des ersten Richters, versucht, durch den Hinweis darauf, daß im vorhergehenden Satze der Nr. 4 der gedachten Ausführungsbestimmungen die §§ 184 und 268 des HGB. in Bezug genommen sind, Zweifel an dieser Auffassung zu wecken. Allein diese sind nicht begründet. Wie schon eingangs erwähnt, findet selbstverständlich die Tarifvorschrift Anwendung, wenn ein Emissionskurs festgesetzt ist, ein Fall, auf den, wie nicht zu bestreiten ist, die Bestimmung sogar in erster Reihe gemünzt ist. Hierauf bezieht sich, wie bereits der Berufungsrichter zutreffend geltend gemacht hat, die Anführung der §§ 184, 278 des HGB., die daher ganz am Platze war. Daraus kann mithin angesichts des mitgeteilten klaren Wortlautes des folgenden Satzes zu Gunsten der Ansicht der Revision nichts gefolgert werden. Die Revisionsklägerin ist alsdann dazu übergegangen, die Gültigkeit und damit die Beweiskraft der in Rede stehenden bundesrätlichen Ausführungsvorschrift mit der Behauptung anzugreifen, daß sie mit dem Gesetz in Widerspruch stehe. Es ist hier kein Anlaß

gegeben, die neuerdings in der Rechtslehre umstrittene Frage nach dem Wesen und dem Unterschied von Gesetz und Verwaltungsvorschrift zu erörtern; denn darin hat die Revision jedenfalls Recht, daß die Ausführungsbestimmung des Bundesrats ungültig sein würde, wenn sie dem Gesetze widerstritte. Allein daß dies in Wahrheit nicht der Fall ist, zeigen die obigen Ausführungen. Sie enthält vielmehr umgekehrt, wie schon hervorgehoben, eine wertvolle Bestätigung des gewonnenen Ergebnisses, da der Bundesrat als gesetzgebender Faktor mit Sinn und Zweck des Gesetzes, wenngleich dieses nicht aus seiner Initiative, sondern aus der des Reichstages hervorgegangen ist, auf das Genaueste vertraut sein muß.

Der erster Richter hat erhebliches Gewicht darauf gelegt, daß hier nicht gemäß der Vorschrift des § 278 Abs. 3 des HGB. ein Generalversammlungsbeschluß über den Mindestbetrag, zu dem die Aktien über pari auszugeben seien, gefaßt worden ist. Er zieht aus dieser Tatsache den Schluß, daß, weil hiernach eine Ausgabe der Aktien über den Nennbetrag in Ermangelung solchen Beschlusses gar nicht habe stattfinden können und dürfen, eine solche auch nicht stattgefunden habe. Denselben Gedanken hat auch die Revision verfochten. Der Berufungsrichter tritt insoweit dem ersten Richter bei, als er annimmt, daß auch bei der Fusion eintretendenfalls die §§ 278 Abs. 3 und 262 Nr. 2 des HGB. zu beachten seien; er tritt aber der hieraus gezogenen Folgerung mit der Erwägung entgegen, der aus der Tatsache, daß die Aktien zu einem höheren Werte als der Nennwert von den ersten Erwerbern übernommen seien, für den Fiskus erwachsene Stempelanspruch könne durch die Nichtbeachtung handelsrechtlicher Vorschriften nicht geschmälert werden. Es könnte fraglich sein, ob sich dieser Punkt nicht einfach durch die von der Ansicht der beiden Vorinstanzen abweichende Annahme erledigt, daß bei Übernahme der Aktien zu einem höheren Wert als dem Nennbetrage, sei es bei der Fusion, sei es bei einem sonstigen Falle der Sacheinlage die Ausgaben der Aktien zu einem entsprechenden ziffermäßig festgesetzten Betrage über pari zwar zulässig aber nicht geboten sei, so daß hier von einer Verletzung handelsrechtlicher Vorschriften gar nicht die Rede sein könnte. Für diese von Staub, HGB. I, S. 807 Anm. 13, 808 Anm. 16 Abs. 2 vertretene, von anderen (s. Simon, Bilanzen 3. Aufl. 280; Pinner, Aktienrecht 215) anscheinend nicht geteilte Ansicht lassen sich erhebliche Gründe geltend machen. Es kann indessen davon abgesehen werden, diese Frage zur Entscheidung zu bringen; denn auf alle Fälle ist dem Berufungsrichter in seiner Schlußerwägung beizutreten. Die Tatsache liegt vor, daß die von der Klägerin ausgegebenen jungen Aktien von den bisherigen Aktionären der Süddeutschen Bank zu einem höheren Wert als dem Nennbetrage übernommen worden sind. Diese Tatsache genügt, um nach dem RStempG. auch den Mehrwert der Aktien stempelpflichtig zu machen. War handelsrechtlich noch etwas weiteres erforderlich, — was übrigens nur dem Zwecke der Dotierung des Reservefonds dienen konnte (§ 262 Nr. 2 des HGB.) — so kann die Unterlassung dieser Maßnahme die Stempelpflicht nicht beseitigen.

II. Entspricht hiernach die Berufungsentscheidung im grundsätzlichen Standpunkt dem Gesetze, so können auch gegen die Art und Weise, wie der Übernahmewert der jungen Aktien vom Berufungsrichter ermittelt worden ist, begründete Bedenken nicht erhoben werden. Auch insoweit folgt er den schon im Urteil vom 12. 4. 04 vom erkennenden Senat für gangbar erklärten Wegen. Zutreffend ist insbesondere, wenn er sagt, es sei anzunehmen, daß bei dem Abschlusse des Fusionsvertrages beiderseits nach den Grundsätzen einer gesunden Wirtschaftspolitik verfahren sei. Mit anderen Worten: es ist anzunehmen, daß beiderseits die Leistung und Gegenleistung im wesentlichen richtig abgeschätzt ist und daß daher das nach dem Vertrage im Verhältnis des Aktienumtausches sich darstellende Ergebnis dieser Bewertung unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere auch des damaligen Preisstandes der Aktien der beiden Gesellschaften dem wirklichen Werte der jungen Aktien entsprechen wird. Daß die Bilanz der aufgelösten Gesellschaft zur Berücksichtigung nicht herangezogen ist, kann nicht als ein Mangel angesehen werden. Es gibt, wie schon im Urteil vom 12. 4. 04. angedeutet ist, immaterielle Werte, die in der Bilanz nicht hervortreten, wie z. B. der schwer schätzbare Wert der Kundschaft. Auch sonst bildet die Bilanz keinen unbedingt sicheren Führer. Sie kann und darf daher, aber muß nicht berücksichtigt werden.

B. Im Falle der Übernahme der jungen Aktien durch ein Konsortium.

Urt. des VII. ZivSen. vom 10. Juli 1906. 555. 05.

Die Generalversammlung der D. Bank hatte beschlossen das Grundkapital um 10 Millionen Mark durch Ausgabe von 8332 Stück Aktien zum Nennwert von je 1200 Mk. und eine Aktie zum Nennwert von 1000 Mk. zu erhöhen. Vorher hatte die D. Bank mit einem Syndikat einen Vertrag geschlossen, wonach sich dieses verpflichtete:

1) die zehn Millionen zu zeichnen, 2) den Betrag von 3 500 800 Mk. Aktien zuzüglich eines Agios von 90 % voll einzuzahlen, 3) den Aktionären der DR. Bank zum Umtausch gegen deren Aktien die neuen Aktien der D. Bank in einem bestimmten Verhältnis anzubieten, 4) die so erworbenen Aktien der DR. Bank der D. Bank auf deren Verlangen zu einem bestimmten Preise käuflich zu überlassen, 5) die nicht zum Umtausch benötigten Aktien der D. Bank bestmöglich zu veräußern, wobei das Syndikat die Garantie dafür übernahm, daß der bei dieser Veräußerung erzielte Erlös nicht unter 190 % betragen werde.

Über den Gewinn hieraus waren weitere Bestimmungen getroffen. Nachdem der Generalversammlungsbeschluß gefaßt worden war, stellte das Syndikat einen obigem Vertrage entsprechenden Zeichnungsschein aus. Zum Umtausch gegen die Aktien der DR. Bank wurden 5140 Stück der neuen Aktien verwendet, für den Rest von 3143 Stück wurde bei der Veräußerung ein Kurs von etwas über 196 1/2 % erzielt. Ohne Widerspruch der DR. Bank wurden diese 3143 Stück junger Aktien unter Zugrundelegung jenes Kurses versteuert. Dagegen erhob sie Widerspruch, als die Stempelsteuerbehörde von den zum Umtausch verwendeten 5140 Stück, die zunächst nur nach ihrem Nennbetrage mit je 24 Mk. für das Stück verstempelt worden waren, eine Nachverstempelung nach denselben Kurse von etwas über 196 1/2 % verlangte. Nachdem sie die geforderte Steuer erlegt hatte, brachte sie die streitige Frage der Stempelberechnung durch Klage auf Zurückzahlung eines Teils zur gerichtlichen Entscheidung. Ihre Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. In dem Revisionsurteil wird zunächst bemerkt, daß kein Anlaß vorliege, von den in der Entscheidung vom 12. 4. 04*) und vom 26. 9. 05**) ausgesprochenen Grundsätzen abzugehen. Sodann heißt es weiter:

*) Siehe diese Monatsschrift 1904, 265.

**) Siehe die vorhergehende Entscheidung.

Daß im einzelnen Falle der Wert ausgegebener Aktien aus dem Werte der Gegenleistung festgestellt werden darf, hat der Senat bereits im oben angeführten Urteil vom 12. 4. 04 angenommen. Für den vorliegenden Fall gibt diese Methode um so weniger Anlaß zu Bedenken, als der vom Berufungsrichter für die Versteuerung als maßgebend erachtete Wert der Gegenleistung von 196,53 Prozent des Nennbetrages übereinstimmt mit dem Verkaufswerte der übrigen völlig gleichartigen jungen Aktien der Klägerin, die nicht zum Umtausch verwendet, sondern an der Börse verkauft worden sind.

Die Gegenleistung des Übernahme-Konsortiums bestand außer in der Bezahlung eines dem Nennbetrag entsprechenden Betrages von je 1200 Mk. in der Einräumung eines Bezugsrechts betreffend die 12 000 000 Mk. DR. Bankaktien. Den Wert dieses Bezugsrechts, also das Emissions-Agio, stellt das LG. unter Billigung des Berufungsrichters auf 101,23 Mk. für jedes Hundert des übernommenen Betrages fest und zwar auf Grund der Erwägung, daß das Konsortium 12 000 000 Mk. Aktien der DR. Bank, die zur Zeit des Vertragsschlusses mit 109 im Kurse standen, also auch zu diesem Werte veräußert werden konnten, zu gewähren hatte, während die Klägerin dagegen nur 6 500 000 Mk. ihrer Aktien zu leisten hatte. Der börsenmäßige Wert der 12 000 000 Mk. Aktien betrug hiernach 13 080 000 Mk. Verteilt man diesen Wert auf die 6 500 000 Mk. Aktien der Klägerin, so entfällt auf jedes Hundert der letzteren ein Betrag von 201,23 Mk. und als Emissionsagio ergeben sich hiernach 101,23 Prozent. Diese auf tatsächlichen Erwägungen beruhende Berechnung ist nicht zu beanstanden, auch als solche von der Revision nicht besonders angefochten, und sie rechtfertigt die ergangene Entscheidung. Die Angriffe der Revision können als begründet nicht anerkannt werden.

Zunächst rügt die Revision, der Berufungsrichter habe bei der Schätzung des Bezugsrechts nicht berücksichtigt, daß das Bezugsrecht kein unbedingtes gewesen sei, daß vielmehr seine Ausübung davon abgehangen habe, daß die zum Umtausch ihrer Aktien nicht verpflichteten Aktionäre der DR. Bank sich zum Umtausch bereit erklärt hätten. Ob und inwieweit eine Verpflichtung der DR. Bank oder ihrer Aktionäre zur Herbeiführung des Umtausches bestand, ist freilich vom Berufungsrichter nicht erörtert worden. Da aber nicht angenommen werden kann, daß die nach kaufmännischen Grundsätzen geleitete Klägerin sich auf den Konsortial-Vertrag eingelassen hätte, wenn nicht begründete Aussicht bestand, daß der Erwerb der Aktien der DR. Bank und damit die beabsichtigte wirtschaftliche Einverleibung dieser Bank in die Klägerin zustandekommen würde, so durfte der Berufungsrichter bei der Schätzung des Wertes des Bezugsrechts davon ausgehen, daß das Umtauschgeschäft im großen und ganzen den Absichten der Vertragschließenden entsprechend sich gestalten werde. Daß diese Annahme des Berufungsrichters eine begründete war, hat der Erfolg gezeigt, denn von den 5416 Stück umzutauschenden Aktien der Klägerin sind nur 226 Stück nicht zum Umtausch gelangt. Der Umstand, daß die Klägerin nicht verpflichtet war, das Bezugsrecht auszuüben, konnte bei Schätzung des Wertes des Bezugsrechts außer Betracht bleiben, zumal bei vernünftigem Handel die Klägerin nicht auf den Gedanken kommen konnte, den für sie gewinnbringenden Umtausch abzulehnen. Unterstellt man aber selbst, daß die Aktionäre der DR. Bank den Umtausch ihrer Aktien verweigert hätten und damit das Bezugsrecht der Klägerin gegenstandslos geworden wäre, so ist auch in diesem Falle der Stempelanspruch des Beklagten begründet. Denn nach § 4 Ziff. 2 des Syndikatvertrages war das Konsortium verpflichtet, diejenigen Aktien der Klägerin, welche nicht zum Umtausch benötigt wurden, bestmöglichst zu veräußern und das Konsortium garantierte der Klägerin dafür, daß der Erlös auch für diese Stücke 190 Prozent betragen würde. Es ist anzunehmen, daß auch diese Stücke im Fall der Veräußerung ebenso wie diejenigen Stücke, deren Veräußerung von vornherein erfolgen sollte, einen dem damaligen Kurse entsprechenden Erlös von mehr als 191,66 Prozent gebracht hätten. Ihr innerer Wert entsprach also in jedem Falle mindestens diesem für den Steueranspruch des Beklagten ausreichenden Betrage.

Unbegründet ist ferner die Rüge der Revision, der Berufungsrichter habe sich darauf beschränkt, zu erwägen, daß die „Möglichkeit einer Erhöhung des Ausgabekurses" vorgesehen sei, während allein in Frage komme, ob in Wirklichkeit eine Erhöhung über den Nennbetrag hinaus stattgefunden habe. Der Berufungsrichter führt zwar, was der Sachlage durchaus entspricht, aus, die Vertragschließenden hätten „von vornhein die Möglichkeit einer Erhöhung des Ausgabekurses vorgesehen", fährt dann aber fort, das über die DR. Bankaktien vereinbarte Geschäft habe tatsächlich eine Erhöhung des Ausgabekurses der Aktien der Klägerin dargestellt. Der nähere Nachweis für die Richtigkeit dieser Feststellung ist in den vom Berufungsrichter ausdrücklich in Bezug genommenen Entscheidungsgründen des ersten Urteils enthalten.

Das Bedenken, das die Revision darauf stützt, daß das Handelsgesetzbuch unter der Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage nur die Ausgabe zu einem von der Aktiengesellschaft selbst festgesetzten, bestimmten, höheren Kurse versteht, ist oben schon ausreichend gewürdigt worden. Die Revision weist aber auch noch darauf hin, daß bei der Beratung des Gesetzes in der Reichstagskommission (StenB. 1900, 5530) der Vertreter der Regierung aus dem Bank-Direktorium erklärt hat: „Die Besteuerung des Aufgeldes bei Emission inländischer Aktien nach dem Antrage 1a würde seines Erachtens dann, aber auch nur dann ausführbar sein, wenn unter Ausgabekurs derjenige Betrag verstanden werde, zu dem die Aktien im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des HGB., insbesondere der §§ 195, 199, 262, 284 ausgegeben würden." Dieser vereinzelten Äußerung des Regierungsvertreters über die Ausführbarkeit der Besteuerung nach dem Antrag 1a, der eine je nach Höhe des Emissionskurses stufenweise steigende Stempelabgabe in Vorschlag brachte und nicht in das Gesetz übergegangen ist, kann eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigelegt werden, da sie mit der mehrfach, anderweit bei der Beratung hervorgetretenen Absicht, die wirkliche Kapitalanlage stempelpflichtig zu machen, nicht im Einklang steht (Entsch. 61, 307), der Gesetzentwurf auch nicht aus der Initiative der Regierung, sondern der des Reichstags hervorgegangen ist. Daß die vereinigten Regierungen den Gesetzentwurf, soweit er Gesetz geworden ist, im Gegensatz zu jener Äußerung des einzelnen Regierungsvertreters, dahin ausgelegt haben, daß über den Kreis jener Bestimmungen des HGB. hinaus die wirkliche Kapitalanlage in jeder Form dem Stempel unterliegen sollte, ergibt sich aus der oben angeführten Ziff. 4 der Ausführungsbestimmungen des Bundesrats, wonach als Ausgabebetrag nicht nur der gesetzte Preis, sondern auch der Wert gelten sollte, für den vom ersten Erwerber die Papiere übernommen werden.

* * *

Nr. 4. Tarif Nr. 1a. (Emissions-[Effekten-] Stempel.) Werden auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses Stammaktien gegen Zuzahlungen in Vorzugsaktien verwandelt, so werden sie weder dadurch, daß sie mit einen sie als Vorzugsaktien kennzeichnenden Aufdruck versehen werden, zu neuen Aktien im Sinne des Stempelgesetzes noch auch wird ihr Nennwert der Sache nach dadurch geändert, daß sie mit Vorrechten hinsichtlich der Dividende und der Verteilung des Liquidationsvermögens ausgestattet sind. Die Zuzahlungen unterliegen daher nicht dem Stempel der Tarifst. 1a.

Urt. des VII. ZivSen. vom 2. Febr. 1906. 479. 05.

Nach dem Generalversammlungsbeschlusse einer Aktiengesellschaft sollte eine Umwandlung ihrer Stammaktien in Vorzugsaktien entweder durch Zuzahlung von 30% oder mittels Zusammenlegung im Verhältnis von 1 zu 4 erfolgen. Das Vorrecht der Vorzugsaktien sollte darin bestehen, daß sie 6% vorweg aus dem Reingewinn und von dessen Überrest nach Zahlung von 4% an die Stammaktien noch weitere 4% im voraus, ferner aber bei Auflösung der Gesellschaft vorweg 130% erhalten sollten. Die Aktien, auf welche eine Zuzahlung erfolgte, erhielten den Aufdruck „Vorzugsaktie gemäß Beschluß vom 22. Okt. 1902 durch Zuzahlung. Der Vorstand." Die Zusammenlegung geschah in der Weise, daß von vier Aktien gleicher Art drei vernichtet und die vierte mit dem Aufdruck „Vorzugsaktie, gültig gemäß Zusammenlegungsbeschluß vom 23. Okt. 1902. Der Vorstand" versehen wurde. Die Stempelsteuerbehörde hielt die Zuzahlungen nach Tarifst. 1a für steuerpflichtig und erhob den entsprechenden Betrag. Die auf Rückzahlung dieses Betrages gerichtete Klage der Aktiengesellschaft wurde von den beiden ersten Instanzen abgewiesen, das Revisionsgericht gab ihr statt aus folgenden Gründen:

Nach dem Beschlusse der vereinigten ZivSen. des RG. vom 27. 12. 1899 (Entsch. 45, 87 ff.) unterliegt eine Aktie nicht deshalb, weil sie durch einen Stempelaufdruck oder durch einen anderen auf sie gesetzten Vermerk nachträglich als eine mit einem Vorzugsrechte versehene Aktie bezeichnet worden ist, einer Stempelabgabe nach Maßgabe Nr. 1 des Tarifs zum RStempG. vom 27. 4. 1894. Dieser Tarif hat durch das Ges. vom 14. 6. 1900, betr. Abänderung des RStempG. vom 27. 4. 1894, eine andere Fassung erhalten, die jedoch für die durch jenen Beschluß entschiedene Rechtsfrage ohne Bedeutung ist. Es ist daher an dem vom RG. aufgestellten Grundsatz festzuhalten. Seine Tragweite wird durch die Gründe des Beschlusses erkennbar. Danach ist von einer sogenannten Vorzugsaktie (d. i. einer Aktie, deren Eigentümer mit gewissen Vorrechten in Ansehung der Verteilung des Gewinnes oder des Gesellschaftsvermögen oder auch beider gegenüber anderen Aktionären ausgestattet ist: § 185 HGB.) ein neuer Stempel nur dann zu entrichten, wenn sie durch die eingetretene Rechtsänderung *zu einer neuen Aktie im Sinne des Stempelgesetzes*, also zu einer Urkunde umgeschaffen ist, auf welche die Merkmale des Tarifs zutreffen, ohne daß *diese* Urkunde bereits versteuert worden wäre. Daß die Vorrechte *durch Zuzahlungen* erworben worden sind, ist gleichgültig. Der Stempel wird *von dem Nennwerte* der Aktien erhoben und Zuzahlungen kommen nach der Neufassung des Tarifs nur insofern in Betracht, als bei inländischen Aktien die Versteuerung zuzüglich des Betrages erfolgt, zu welchen sie höher, als der Nennwert lautet, ausgegeben werden. Diese Vorschrift trifft die *Überpariemissionen*. Davon ist im gegenwärtigen Falle keine Rede. Es werden keine Aktien mit der Verpflichtung der Zeichner ausgegeben, eine höhere Einlage zu leisten, als die aus der Aktie ersichtliche Ziffer andeutet. Vielmehr wird den bereits vorhandenen Aktionären das Angebot gemacht, durch eine anderweite Einzahlung gewisse Rechte zu erwerben. Ohne eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, an der es fehlt, kann nicht, was stempelrechtlich von dem ersten Fall gilt, auf den zweiten übertragen und von einer Zuzahlung eine Steuer gefordert werden, die nicht für den Erwerb der Aktien, sondern für die Erlangung von Vorrechten geleistet wird. Dabei fällt nicht ins Gewicht, daß nach § 262 des HGB. solche Zuzahlungen in gewissem Umfange gleich dem durch die Überpariemission erzielten Gewinne behandelt werden. In Frage kommt nur — und davon geht auch der Berufungsrichter aus —, ob die Vorzugsaktien *durch Änderung ihres Nennwerts* ein anderweiter Gegenstand der Besteuerung geworden sind. Der Berufungsrichter bejaht die Frage, aber seine Ausführungen beruhen, wie der Revision zugegeben werden muß, auf nicht zureichender rechtlicher Grundlage. Der Berufungsrichter nimmt an, daß der Nennwert der auf Zuzahlung beruhenden Vorzugsaktien sich von 1000 bezw. 500 Mk. auf 1300 bezw. 650 Mk. erhöht habe, zwar nicht äußerlich, aber der Sache nach. Hierbei ist der Begriff des Nennwerts der Aktie und sein Zusammenhang mit dem Begriffe *des Grundkapitals* der Aktiengesellschaft verkannt. Es kann von vornherein zweifelhaft sein, ob der auf der Aktie als einer Urkunde ruhende Stempel überhaupt erhoben werden darf, wenn die Änderung des Nennwerts nicht äußerlich hervortritt. Der Aufdruck läßt nur ersehen, daß eine Zuzahlung in irgend welcher Höhe geleistet ist. Dabei ist zu bemerken, daß die angebotenen Vorrechte auch durch Zusammenlegung von Aktien im Verhältnis von 4 zu 1 erlangt werden konnten und daß daher folgerichtig auch die durch die Zusammenlegung entstandene Vorzugsaktie eine Erhöhung ihres Nennwerts erfahren haben müßte. Von einer Erörterung dieser Punkte darf abgesehen werden. Der Nennwert der Aktien ist weder äußerlich noch der Sache nach verändert. Er ist die Ziffer, die sich aus der Aktienurkunde ergibt und deren satzungsmäßiges Vielfaches *das Grundkapital* der Gesellschaft bildet. Eine Änderung der einen Ziffer zieht notwendig die entsprechende Änderung der anderen nach sich. Wäre die Ansicht des Berufungsrichters richtig, so müßte sich auch das Grundkapital der Klägerin durch die Zuzahlungen gewandelt haben. Diesen Schluß zieht auch der Berufungsrichter nicht. Die Erhöhung des Grundkapitals erfolgt gemäß der §§ 278 ff. des HGB. Das Gesetz kennt nur eine Erhöhung durch Ausgabe neuer Aktien. Ob eine solche durch bloße Erhöhung des Nennwerts der Aktien zulässig ist, erscheint zweifelhaft (vgl. Staub 6./7. Aufl. Fußnote zu § 278 HGB.). Jedenfalls setzt die Erhöhung des Grundkapitals einen darauf gerichteten Beschluß der Generalversammlung voraus und dieser ist nicht identisch mit einem Beschlusse, der den Aktionären Vorzugsrechte für ihre Aktien gegen Zuzahlungen anbietet. Richtig ist, daß auch diese Zuzahlungen Mitgliederbeiträge darstellen. Aber die Summe der Einlagen deckt sich nicht mit dem Grundkapital. Grundkapital und Gesellschaftskapital sind zu unterscheiden. Das erstere kann niemals größer sein, als das letztere, wohl aber kleiner. Das Grundkapital als die Summe der die notwendige Grundlage der Gesellschaft bildenden Einlagen bezw. Einlageversprechen

zerfällt in eine bestimmte Anzahl Aktien, die auf einen ziffermäßig festgesetzten Betrag lauten müssen (§§ 178, 180 HGB.). Daneben kann es noch andere, nicht auf das Grundkapital zu verrechnende und daher den Nennwert der Aktien nicht berührende Mitgliederbeiträge geben. Dahin gehören die Zuzahlungen bei der Überpariemission und ebenso die gerade zur Vermeidung der Erhöhung des Grundkapitals beschlossenen Zuzahlung, die eingetretene Verluste auszugleichen und den Aktionären durch die Gewährung gewisser Vorrechte annehmbar gemacht werden sollen. Alle diese Zuzahlungen lassen das Grundkapital und mithin den Nennwert der Aktien unangetastet. Der Berufungsrichter nimmt eine Erhöhung des Nennwerts an, weil „die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen" immer (bei den auf 1000 Mk. lautenden Aktien) einen Betrag von 1300 Mk. zu Grunde legten. Gemeint sind die Bestimmungen, welche sich auf den Dividendenbezug und auf die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bei Auflösung der Gesellschaft beziehen. Ihnen ist indessen nicht zu entnehmen, daß der Wille der Gesellschaft auf eine Änderung des Nennwerts der Aktien und auf eine Erhöhung des Grundkapitals gerichtet gewesen sei und nur keinen entsprechenden Ausdruck in dem Wortlaute des Beschlusses gefunden habe. Es ist nicht gesagt, daß die Dividende von einem höheren Betrag, als dem bisherigen Nennbetrage zu entrichten sei. Betrüge z. B. der Reingewinn eines Jahres 100 000 Mk., so erhielten zunächst die Vorzugsaktionäre 6 v. H., also 6000 Mk., nach Verhältnis der Nennwerte ihrer Aktien (also die Aktie zu 1000 Mk. doppelt so viel, als die Aktie zu 500 Mk.); sodann entfielen 4 v. H. 4000 Mk. auf die Stammaktionäre und von den verbleibenden 90 000 Mk. würden wiederum 4 v. H. den Vorzugsaktionären und der Rest ihnen und den Stammaktionären und zwar, wie es nun ausdrücklich heißt, nach den Nennbeträgen gebühren. Entsprechend ist das Nachbezugsrecht auf die Dividende geregelt. Wenn ferner den Vorzugsaktionären eine höhere Liquidationsrate zugesichert ist, als der in ihrer Aktie angegebenen Beteiligungsziffer entspricht, so ist auch hierin keine Erhöhung des Grundkapitals zu finden. Über das Verhältnis der Aktionäre bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens entscheidet in erster Reihe der Gesellschaftsvertrag (§ 300 HGB., Staub Anm. 7, Ring Note 5 zu diesem Paragraphen). Gewährt dieser für eine bestimmte Gattung von Aktien eine deren Nennbetrag übersteigende Summe der Liquidationsmasse und zwar in Höhe der für den Erwerb gewisser Rechte über den Nennbetrag hinaus geleisteten Einlagen (Zuzahlungen), so erhalten die Vorzugsaktionäre jenen Mehrbetrag nicht als Einlage auf das Grundkapital zurück, sondern es wird ihnen wieder erstattet, was sie darüber hinaus zur Erlangung besonderer Mitgliedschaftsrechte aufgewendet haben. Die Möglichkeit von Einlagen ist eben nicht auf die Ziffer des Grundkapitals beschränkt, wenn schon dies regelmäßig der Fall sein wird, und darum braucht eine sogenannte Zuzahlung nicht von selbst eine Änderung des Nennwerts der Aktien und folgeweise des Grundkapitals herbeizuführen. Daß der Klägerin eine Erhöhung des Grundkapitals fern gelegen hat, geht auch aus der vom Berufungsrichter mitgeteilten Stelle des auf Grund des Beschlusses der Generalversammlung abgeänderten Statuts hervor, in welcher von der bei der Liquidation eintretenden Verzinsung des Nominalbetrages der Vorzugsaktien und weiter davon die Rede ist, daß der Rest des Vermögens unter beide Aktienkategorien derart verteilt werden solle, daß auf den gleichen Nominalbetrag die Vorzugsaktien 2 zu 1 erhalten. Es ist ausgeschlossen, hier unter dem Nominalbetrag etwas anderes zu verstehen, als die Ziffer, über welche die Aktien ursprünglich lauteten. Den sonstigen Erwägungen des Berufungsrichters kann keine durchschlagende Bedeutung beigemessen werden. Um neue Aktien handelt es sich in sofern, als Vorzugsaktien geschaffen worden sind, aber nicht um neue Aktien im Sinne des Stempelgesetzes, weil ihr Nennwert unverändert geblieben ist. Die Klägerin war gesetzlich nicht genötigt, die Ausgleichung von Betriebsverlusten auf dem Wege der Erhöhung des Grundkapitals herbeizuführen. Darum kann man auch nicht sagen, daß der wahre Sachverhalt bemäntelt sei. Der wahre Sachverhalt ist der, daß durch Herabsetzung des Grundkapitals (infolge der Zusammlegung von Aktien) und durch die Zuzahlungen versucht worden ist, die Verluste zu beseitigen. Die Versteuerung der ersteren Maßregel steht nicht zur Entscheidung und für die Versteuerung der Zuzahlungen ist eine gesetzliche Handhabe nicht gegeben. Deshalb war unter Aufhebung des Berufungsurteils, wie geschehen, zu erkennen.

* * *

Nr. 5. **TarifNr. 1 c. (Stempelabgabe von Einzahlungen auf Kuxe.)** Die Befreiungsvorschrift in Abs. 2. dieser Tarifst. erstreckt sich nicht auf Einzahlungen zum Zwecke der Wiedereröffnung eines dauernd eingestellt gewesenen Betriebes.

Urt. des VII. ZivSen. vom 16. März 1906. 366. 05.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Nach dem Abs. 2 der TarifNr. 1 c RStempG. vom 14. 6. 1900 sind alle nach dem 1. 7. 1900 auf Anteilscheine gewerkschaftlich betriebener Bergwerke ausgeschriebenen Einzahlungen mit 1 v. H. zu versteuern, soweit solche nicht zur Deckung von Betriebsverlusten dienen oder zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt sind und verwendet werden. Der Berufungsrichter nimmt an, daß die Klägerin auf Grund dieser Vorschrift zur Entrichtung des vom Beklagten eingeforderten, den Gegenstand des jetzigen Rechtsstreits bildenden Steuerbetrages verpflichtet gewesen sei, da die nach dem 1. 7. 1900 seitens der Klägerin ausgeschriebenen Zubußen weder zur Deckung von Betriebsverlusten gedient hätten noch zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt gewesen wären und verwendet worden seien. Eine Rechtsverletzung ist in dieser Annahme nicht zu erkennen. Daß die Einzahlungen zur Deckung von Betriebsverlusten gedient hätten, wird von der Revision selbst nicht behauptet. Sie waren aber auch nicht zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt. Seit den zwanziger Jahren des vorigen Jahrhunderts hatte bis zur Zeit der Einzahlungen eine regelrechte Förderung und Aufbereitung von Erzen im Bergwerke nicht mehr stattgefunden. Inhalts des unstreitigen Tatbestandes war der Stollen völlig zu Bruch gegangen und der alte Kunstschacht unbrauchbar geworden. Auch die in den vierziger Jahren desselben Jahrhunderts vorgenommenen „Versuchsarbeiten" waren wegen ihrer Ergebnislosigkeit bald wieder eingestellt worden. Zur Zeit der Ausschreibung der Einzahlungen ruhte der Betrieb des Bergwerks also seit länger als 70 Jahren. Bei den auf Grund dieser Einzahlungen vorgenommenen Untersuchungsarbeiten, die zu einem regelrechten Betriebe bisher noch nicht geführt haben, handelte es sich also nicht um die Erhaltung des Betriebes, sondern um die Wiedereröffnung eines nicht bloß vorübergehend, sondern dauernd eingestellt

gewesenen Betriebes. In diesem Sinne ist daher dem Berufungsrichter beizutreten, wenn er die vorgenommenen Arbeiten als die Eröffnung eines völlig neu zu erachtenden Bergwerksbetriebes bezeichnet. Dafür, daß auch solche Fälle von der im Abs. 2 der TarifNr. 1c enthaltenen Steuerbefreiung erfaßt werden sollten, ist weder aus dem Wortlaute noch aus der Entscheidungsgeschichte der Vorschrift ein Anhaltspunkt zu entnehmen.

* * *

Nr. 6. **TarifNr. 2a. (Effektenstempel der für den Handelsverkehr bestimmten Schuldverschreibungen.)** Sind als solche die von einer Bau- und Kreditgesellschaft m. b. H. ausgegebenen, auf den Namen lautenden und durch Indossament übertragbaren Schuldverschreibungen anzusehen?

Urt. des VII. ZivSen. vom 21. Nov. 1905. 91. 05.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Nach feststehender Rechtsprechung ist der Begriff der dem Reichsstempel unterworfenen „für den Handelsverkehr bestimmten" Wertpapiere dahin festgestellt worden, daß diese Eigenschaft weder durch die Absicht des Ausstellers noch durch den tatsächlichen Erfolg, sondern durch die objektive Beschaffenheit (Form und Inhalt) des Papiers bestimmt wird, vermöge deren es nach den maßgebenden Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrslebens geeignet ist, als Gegenstand des Handels zu dienen und daß hierfür vor allem die leichte Übertragbarkeit sowie die gesicherte durch eine Abhängigkeit des Rechts des Erwerbers von dem seines Vormannes nicht beeinträchtigte Verwertung des Papiers entscheidend sind (Entsch. des RG. 16, 84). Mit der Natur des Urkundenstempels würde es unverträglich sein, wenn die Stempelpflichtigkeit auch durch außerhalb der Urkunde liegende, dem Wechsel unterworfene Umstände (Zweck und Erfolg der Ausstellung) bedingt wäre.

Der Berufungsrichter folgt diesen Grundsätzen, wenn er, insoweit in Übereinstimmung mit dem Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin annimmt, die hier vorliegenden auf den Namen lautenden, durch Indossament übertragbaren Schuldverschreibungen seien nach Form und Inhalt für den Handelsverkehr geeignet und ihre Übertragbarkeit werde auch durch die besondere Bestimmung nicht erschwert, daß der Gesellschaft gegenüber der erste Erwerber solange als Berechtigter gelte, als ihr das Recht eines andereren nicht nachgewiesen sei, denn der neue Erwerber erbringe gegenüber der Gesellschaft den Nachweis seiner Berechtigung eben durch das Indossament. Die Übertragbarkeit der Schuldverschreibungen ist durch jene Bestimmung nicht mehr erschwert als die Übertragbarkeit indossabler Namensaktien, die durch die Einwilligung der ausgebenden Gesellschaft bedingt ist; für solche Aktien ist aber in der Rechtsprechung anerkannt, daß sie zum Gegenstand des Handelsverkehrs geeignet sind. (Entsch. des RG. 36 S. 35, 39.) Daß übrigens auch die Absicht der Klägerin bei der Ausgabe der Papiere darauf gerichtet war, ihre Übertragbarkeit entsprechend den Gewohnheiten des Handels möglichst leicht zu gestatten und ihren Erwerb gegen Einreden aus der Person des Vormanns zu schützen, läßt sich daraus entnehmen, daß sich in den Urkunden auf der Rückseite des ersten Blattes unter der Überschrift: „Indossament" in sechsfacher Wiederholung der formularmäßige Vordruck „Übertragen an . . ." befindet. Bezweckte die Klägerin nicht, den Papieren die Fähigkeit zum handelsmäßigen Umlauf zu geben, so ist nicht ersichtlich, weshalb sie diese Form gewählt und sich nicht mit der Übertragbarkeit der Papiere im Wege der Abtretung begnügt hat. Dem Berufungsrichter ist hiernach beizutreten, wenn er dem Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft insoweit keine entscheidende Bedeutung beimißt, als es darauf hinweist, die Papiere „dürften auch subjektiv nicht dazu bestimmt sein, als Handelsobjekt zu dienen, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die Aufgabe der Schuldverschreibungen auf einen kleinen Kreis von Personen beschränkt ist und daß auch tatsächlich ein Handel in den Schuldverschreibungen kaum stattfinden dürfte." Es kann dahingestellt bleiben, ob die Annahme, der Kreis der Erwerber der Papiere sei ein kleiner, gerechtfertigt erscheint gegenüber dem Inhalte der den Schuldverschreibungen eingedruckten Bedingungen, nach denen die Papiere in Abschnitten von 50 bis 1000 Mk., und zwar für die erste Serie im Gesamtbetrage von 300000 Mk. ausgegeben werden, und gegenüber dem Umstande, daß das von der Klägerin zu den Akten eingereichte Schuldverschreibungsformular zur dritten Serie gehört.

(Das Gutachten der Ältesten hatte den Papieren auch in objektiver Beziehung die Umlaufsfähigkeit deshalb abgesprochen, weil nach den Bedingungen keine Verpflichtung bestehe, die Nummern der jährlich zur Rückzahlung ausgelosten Stücke zu veröffentlichen, diese Nummern vielmehr den betreffenden, im Register der Gesellschaft vermerkten Inhabern persönlich mitgeteilt würden. Der Berufungsrichter hatte diesen Grund mit der Erwägung beseitigt, daß nicht ersichtlich sei, weshalb hierdurch eine Erschwerung der Umlaufsfähigkeit herbeigeführt sein solle, da jeder Indossator seine Berechtigung der Klägerin durch das Indossament nachweisen und hierdurch seine Eintragung als Berechtigter in das Register der Gesellschaft und zugleich die erwähnte jährliche Mitteilung an sich veranlassen könne. Das RG. bemerkt hierzu, die Frage, ob nach Lage des Falles die Erschwerung der Umlaufsfähigkeit eines Papieres eine so große sei, daß sie das Papier für den Handelsverkehr ungeeignet mache, sei im wesentlichen eine tatsächliche, und daher der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen; ein Rechtsirrtum sei hier nicht erkennbar.)

* * *

Nr. 7. **Tarif.Nr. 4a Nr. 2. (Anschaffungsstempel.)** Rechtliche Gestaltung der Begebungskonsortien. Wenn der Zweck eines solchen Konsortiums nicht auf den Erwerb sondern nur auf die Verwertung und Vertreibung der betr. Wertpapiere gerichtet ist, die einzelnen Konsortialen also die Gesamtheit der Wertpapiere erworben haben, so liegt, auch wenn der von den einzelnen Konsortialen zu übernehmende Teil der Papiere nur quotativ, nicht individuell bestimmt ist, eine entsprechende Zahl rechtsgültiger, steuerpflichtiger Anschaffungsgeschäfte vor. Die später auf Grund eines solchen Geschäftes erfolgende Zuteilung individuell bestimmter Stücke an den einzelnen Konsortialen ist stempelfrei.

Urt. des VII. ZivSen. vom 27. April 1906. 389. 05.

In dem in der Entscheidung des VII. ZivSen. vom 3. 6. 04. (s. diese MSchr. 04, 269) behandelten Falle

hatte ein aus fünf Banken bestehendes Konsortium durch Anleihevertrag von einem industriellen Werk 10 Millionen von diesem auszugebende Teilschuldverschreibungen übernommen. Nach dem Anleihevertrag sollte jede Bank unter Ausschluß der Solidarität die Schuldverschreibungen zu einem angegebenen bestimmten prozentualen Verhältnis übernehmen. In dem später abgeschlossenen Konsortialvertrag war bestimmt worden, daß die Schuldverschreibungen zur öffentlichen Subskription gebracht werden sollten. Bei der Zeichnung übernahm eine der Konsortialbanken 243 000 Mk. Schuldverschreibungen zu 100 % für eigene Rechnung. Hierfür wurde von der Stempelsteuerbehörde der Anschaffungsstempel verlangt und zwar neben dem Anschaffungsstempel für die durch den Anleihevertrag übernommenen Schuldverschreibungen. Die Rückforderung des von der betr. Bank erlegten Stempels wurde im ersten Rechtszuge vom Berufungsgericht für gerechtfertigt erklärt. Das RG. hob auf, nicht weil es die Annahme des Berufungsrichters, daß nicht das Konsortium als Ganzes sondern die einzelnen Konsortialen jeder für sich die Schuldverschreibungen übernommen hätten, für unzutreffend hielt (es billigte diese Ausführungen vielmehr) sondern lediglich deshalb, weil nicht klar war, wie das Verhältnis der Konsortialen zu einander gestaltet war, ob nämlich jeder Bank Alleineigentum an einer Anzahl der Stücke der Schuldverschreibungen zustehen sollte, die im Verhälnis zur Gesamtzahl der Stücke ihrer prozentualen Beteiligung am Gesambetrage der Anleihe entsprach, oder ob jeder Bank an jedem einzelnen Stück der Anleihe ein ihrer prozentualen Beteiligung an der Gesamtanleihe entsprechender Eigentumsbruchteil als Miteigentümerin zustehen sollte. Im zweiten Rechtszuge machte der Fiskus in zweiter und dritter Instanz von neuem, aber fruchtlos geltend, daß der Anspruch auf Übereignung der Schuldverschreibungen für das Konsortium der Banken als solches, also als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens erworben worden sei. Von den hierauf bezüglichen Ausführungen des Revisionsurteils interessieren nur die folgenden:

Für das Bestehen eines Gesellschaftsvermögens bezieht sich die Revision auf den § 6 des Konsortialvertrages, inhalts dessen Aufnahmen (Ankäufe) von Stücken *für Rechnung des Konsortiums* in Höhe von 10 v. H. des jeweilig emittierten Anleihebetrages gestattet sein sollten. Faßt man diese Bestimmung auch dahin auf, daß der Erwerb dieser Stücke für die ungeteilte Gemeinschaft der Banken zu Samteigentum, nicht aber für die einzelnen Banken entsprechend ihrer prozentualen Beteiligung am Anleihegeschäft erfolgen sollte, so wäre hieraus zu entnehmen, daß durch diese Aufnahmen die Stücke aus dem Eigentum der einzelnen Banken durch ein entgeltliches, dem Anschaffungsstempel unterliegendes Geschäft in das Samteigentum des Konsortiums gelangten und daß *hierdurch* ein selbständiges Gesellschaftsvermögen geschaffen wurde. Keineswegs aber ergibt sich, daß, worauf es hier allein ankommt, schon *vor* den Aufnahmen ein Samteigentum der Gesellschaft an den durch den Anleihevertrag erworbenen Stücken vorhanden war: diese standen vielmehr im Sondereigentume der Banken, und wenn die Klägerin von den auf ihren Anteil fallenden Stücken 243 000 Mk. zurückbehielt, so behielt sie nur das, was ihr schon zustand, ohne daß es darauf ankam, ob hinterher ein *anderer* Teil der Stücke in das Samteigentum des Konsortiums übergeführt würde.

Die Revision weist weiter darauf hin, daß inhalts des Konsortialvertrages das Konsortium bis zur Abwickelung des ganzen Anleihegeschäfts, also bis zur Vollendung der Verwertung der noch nicht fest übernommenen restlichen 4 000 000 Mk. Schuldverschreibungen fortbestehen sollte. Es ist aber nicht abzusehen, was hieraus für die Richtigkeit des Standpunktes der Beklagten, die 243 000 Mk. Stücke hätten zum Vermögen der Gesellschaft gehört, zu folgern wäre. Dasselbe gilt von dem Hinweise der Revision darauf, daß die Zeichner der Anleihe nur dem Konsortium, nicht aber den dasselbe bildenden einzelnen Banken gegenüber Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen konnten. Dieser Umstand beweist nichts für den gemeinschaftlichen *Erwerb* der Papiere durch das Konsortium, sondern nur, daß den Zeichnern eine Gesellschaft gegenüberstand. Der Zweck dieser Gesellschaft bestand nach der nicht zu beanstandenden Feststellung des Berufungsrichters in der gemeinschaftlichen *Vertreibung* der von den einzelnen Banken zu Alleineigentum erworbenen Stücke der Anleihe. Nur zum Zwecke einer einheitlichen Vertreibung erfolgte die Zusammenlegung der Stücke zu einer Subskriptionsmasse, derart, daß die Stücke bis zur Begebung an die Zeichner im Alleineigentum der einzelnen Bank verbleiben sollten.

(Sodann heißt es weiter im Urteil:)

Da hiernach die Schuldverschreibungen von dem Konsortium durch den Anleihevertrag nicht als Gesellschaftsvermögen erworben worden sind, bleibt nur übrig, daß sie durch diesen Vertrag von den *einzelnen* Banken für sich erworben sind. Der Berufungsrichter stellt auf Grund des urkundlichen Inhalts des Anleihevertrages und des Konsortialvertrages fest, es sei nicht ein Miteigentum der beteiligten Banken an jedem einzelnen Stück begründet worden, sondern ein Teilrecht an der Gesamtheit der Schuldverschreibungen derart, daß je an einem Teile der gesamten Schuldverschreibungen die einzelnen Banken Alleineigentum erlangt hätten, und zwar die Klägerin, entsprechend dem im Anleihevertrage festgesetzten Quotenverhältnis, an $^{30}/_{100}$ aller Schuldverschreibungen. Bedenken sind gegen diese Vertragsauslegung mit Grund nicht zu erheben. Der Berufungsrichter stützt sie zutreffend im wesentlichen darauf, daß nach dem Abschnitte B des Anleihevertrages die Übernahme der Stücke durch die Banken nach dem festgesetzen prozentualen Quotenverhältnis *unter Ausschluß der Solidarität* erfolgen, daß ferner nach § B2 des Vtr., soweit das die Anleihe aufnehmende industrielle Werk nicht alsbald nach Lieferung der Stücke über die fällig gewordene Valuta verfügte Gutschrift bei den einzelnen Mitgliedern des Konsortiums nach Verhältnis der Konsortialbeteiligung erfolgen sollte. Damit stimmt auch die Zeugenaussage des Syndikus und Generalbevollmächtigten der Klägerin Dr. S. überein, der den Anleihevertrag entworfen hat. Freilig findet die Annahme des Dr. S. im Anleihevertrage keine Stütze, daß durch letzteren jeder der Banken *individuell bestimmte* Stücke der Anleihe verkauft seien. Dr. S. folgert dies unter Billigung des Berufungsrichters daraus, daß inhalts des Abschnitts B (zu je 1000 Mk.), „*der Nummernfolge nach je die ersten jeder Reihe*", an die Banken verkauft werden. Diese letztere Bestimmung hat aber wohl nur die Bedeutung, daß die 100 Stücke der Reihe A und die 5500 Stücke der Reihe B, aus denen sich der fest übernommene Anleiheteil von 6 Millionen Mk. zusammensetzen sollte, aus den der Nummernfolge nach ersten Stücke jeder Reihe entnommen und die übrigbleibenden letzten Stücke jeder Reihe für den später zu begebenden Anleiheteil von 4 Millionen Mk. zurückbehalten werden sollten. Dafür, *welche* Nummern jede *einzelne* der Banken aus den 6 Millionen Mk. Schuldverschreibungen erwerben sollte, gibt der Anleihevertrag keinen Anhalt. Es kommt aber hierauf, wie auch der Berufungsrichter nicht verkennt, nicht an. Schon im früheren Revisionsurteil ist dar-

gelegt, daß auch der Kauf einer bestimmten Menge nur der Gattung nach bezeichneter Wertpapiere ein rechtsgültiges Anschaffungsgeschäft darstellt, und daß die auf Grund eines solchen Geschäftes später erfolgende Zuteilung individuell bestimmter Stücke als die Erfüllung des Geschäfts entsprechend der Absicht der Vertragschließenden anzusehen sei. Da im vorliegenden Falle der Betrag der von der Klägerin für eigene Rechnung übernommenen 243000 Mk. innerhalb des Gesamtbetrages des von ihr durch den Anleihevertrag erworbenen Anleiheteils von 30 v. H. der 6 Millionen Mk. mit 1800000 Mk. liegt, stellt sich auch die Zuteilung der 243000 Mk. an sie nur als das einem besonderen Anschaffungsstempel nicht unterliegende Geschäft der Erfüllung des Anleihevertrages dar.

* * *

Nr. 8. Tarifnr. 4a. (Anschaffungsstempel.) Wird bei einem auf ein Jahr abgeschlossenen uneigentlichen Lombardgeschäft vereinbart, daß bei den monatlichen Zinszahlungen, jedoch ohne rechtliche Verpflichtung, die Höhe des Vorschusses mit dem Tageswerte der lombardierten Effekten derart in Einklang gebracht werden soll, daß beim Sinken des Kurses ein entsprechender Teil des Darlehns zurückzuzahlen, beim Steigen des Darlehns zu erhöhen und namentlich der Zinsbetrag für den folgenden Monat festzusetzen ist, so liegt jedes Mal, wenn dem entsprechend ein Teil des Darlehns zurückbezahlt (oder das Darlehn erhöht) wird, ein neues stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft vor.

Urt. des VII. ZivSen. vom 24. Jan. 1905. 290. 04.

Der Kläger C. hatte am 30. 4. 03 mit dem Kaufmann M. ein Geschäft abgeschlossen; die darüber ausgestellte Schlußnote lautete:

„Depot ohne Einschuß- und Nachschuß-Verpflichtung.
Herrn C.

Auf Grund des heute mit mir geschlossenen Depot-Geschäfts empfing ich von Ihnen einen Vorschuß von Mk. 34000, den ich mich verpflichte, am 30. 4. 04 prompt zurückzuzahlen.

Gegen diesen Vorschuß empfingen Sie als Sicherheit Mk. 15000 Laurahütte-Aktien und verpflichten Sie sich, mir dieselben am 30. 4. 04 gegen Empfang obiger Mk. 34000 auszuliefern.

Im Sinne des § 2 des Bankdepotgesetzes vom 5. 7. 1896 ermächtige ich Sie, gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren oder über die verpfändeten Papiere zu Ihrem Nutzen zu verfügen. . . . .

Dieses Depotgeschäft ist auch vor Ablauf gegenseitig mit achttägiger Frist kündbar. gez. M."

Die verpfändeten 15000 Mk. Laurahütten-Aktien wurden dem Kläger ausgehändigt und für das in dem geschlossenen Vertrage enthaltene Anschaffungsgeschäft wurde der Reichsstempel entrichtet. Von Zeit zu Zeit, und zwar bei Gelegenheit der monatlichen Zinszahlungen, sollte nach der Absicht der Vertragschließenden, jedoch nach Angabe des Klägers ohne rechtliche Verpflichtung, die Höhe des Vorschusses mit dem Tageswerte der „geliehenen" Effekten in Einklang gebracht werden und zwar dergestalt, daß beim Sinken ihres Kurses ein entsprechender Teil des Vorschusses zurückbezahlt, beim Steigen der Vorschuß entsprechend erhöht würde. Auch sollte namentlich der Zinsbetrag für den folgenden Monat festgesetzt werden.

Dementsprechend hatte M. dem Kläger Ultimo Mai 1903 von dem empfangenen Vorschuß 1100 Mk. zurückbezahlt, wobei gleichzeitig vereinbart wurde, daß die restlichen 32900 Mk. für den Monat Juni mit 68 Mk. 54 Pf. zu verzinsen seien.

In tatsächlich gleichliegender Weise hatte der Kläger am 30. 4. 1903 noch drei weitere Geschäfte mit anderen Personen abgeschlossen, über die ebenfalls ordnungsmäßig versteuerte Schlußnoten ausgestellt wurden.

Die Stempelsteuerbehörde erblickte bei diesen vier Geschäften in der nach Ablauf des Monats erfolgten Verrechnung und Zinsvereinbarung ein neues, reichsstempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft oder die Prolongation des alten Geschäfts und erforderte die Abgabe hierfür. Die Beklagte behauptete, die Bestimmung der Schlußnote, daß das beurkundete uneigentliche Lombardgeschäft auf ein Jahr abgeschlossen sei und daß eine Kündigung mit achttägiger Frist gestattet wäre, entspreche nicht dem wahren Inhalte des geschlossenen Vertrages; dieser sei vielmehr dahin gegangen, daß der Vorschuß an M. nur auf einen Monat gegeben sein solle mit der Maßgabe, daß nach Ablauf des Monats die Verlängerung auf einen weiteren Monat vereinbart werden könne. Der Kläger vertrat die Ansicht, daß weder ein neues Geschäft, noch die Verlängerung des alten Geschäfts stattgefunden habe, und verlangte daher mit Klage die Rückzahlung der entrichteten Stempelabgabe. Alle Instanzen wiesen die Klage ab. Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Die Parteien streiten nicht um die Stempelpflichtigkeit des durch die Schlußnote vom 30. 4. 03 beurkundeten Geschäfts und der drei gleichliegenden, ebenfalls durch Schlußnoten beurkundeten Geschäfte, sondern lediglich um die Stempelpflichtigkeit der einen Monat nach dem Abschluß jener Geschäfte erfolgten Geschäfte, durch die infolge des Fallens des Kurses der an den Kläger zur Deckung wegen seiner Vorschüsse gegebenen Wertpapiere die Zurückzahlung eines entsprechenden Teils des Vorschusses und die Verzinsung des Restes für den folgenden Monat in einem bestimmten Betrage vereinbart worden ist. Die Annahme des Berufungsrichters, diese Geschäfte seien reichsstempelpflichtige Anschaffungsgeschäfte, d. h. Geschäfte, die auf den Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen gerichtet sind, ist nicht zu beanstanden. Der Berufungsrichter führt, im Gegensatz zu der Auffassung des LG., aus, das ursprüngliche vom Kläger mit M. geschlossene, durch die Schlußnote vom 30. 4. 03 beurkundete Geschäft hätten die Vertragschließenden genau so gewollt, wie es in der Schlußnote beurkundet worden sei. Ob diese Annahme des Berufungsrichters in der Sachlage ihre Rechtfertigung findet oder ob nicht vielmehr anzunehmen wäre, die Vertragschließenden hätten unter sich rechtlich bindend etwas anderes, zur Vermeidung der Stempelpflichtigkeit, vereinbart als beurkundet ist, muß dahingestellt bleiben, denn die vom Berufungsrichter auf Grund tatsächlicher Erwägungen getroffene Feststellung des Vertragswillens ist für das Revisionsgericht bindend. Auf Grund dieser Feststellung führt der Berufungsrichter aus:

Wenn Ende Mai 1903 der Betrag von 1100 Mk. auf den als Kaufpreis anzusehenden Vorschuß von M. an den Kläger zurückbezahlt und dabei ausgemacht wurde, daß M. die Laurahütte-Aktien für 32900 Mk. zurückerlangen könne, so habe darin die Vereinbarung eines anderen Rückkaufpreises als des ursprünglich vereinbarten, mithin auch die Eingehung eines neuen Anschaffungsgeschäfts gelegen, dessen Stempelfreiheit mit der Bestimmung

des § 11 Abs. 3 des RStempG. vom 14. 6. 1900 nicht begründet werden könne, das vielmehr einer erneuten Stempelpflicht unterliege. Als eine bloße Abschlagszahlung auf den im übrigen unverändert bleibenden Kaufpreis von 34 000 Mk. könne die Rückzahlung der 1100 Mk. nicht angesehen werden, denn die Rückzahlung habe darauf beruht, daß nach den Absichten der Vertragschließenden der Vorschuß mit dem jeweiligen Kurse der Effekten in Einklang gebracht werden sollte. Der für die Papiere zu zahlende Gegenwert sollte also monatlich von neuem vereinbart werden, und es sei etwas rein Zufälliges gewesen, daß in dem vorliegenden Falle das Entgelt sich auf eine geringere Summe belaufen hätte als die ursprünglich vorgesehenen 34 000 Mk.; beim Steigen des Kurses der Papiere würde es sich auf mehr als 34 000 Mk. belaufen haben.

Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden. Da die in der Schlußnote vom 30. 4. 03 vorgesehene Kündigung des Vertragsverhältnisses bis Ultimo Mai 1903 unstreitig nicht erfolgt war, blieb das ursprüngliche Rechtsverhältnis unverändert, außer wenn es die Parteien durch eine neue Vereinbarung, zu der eine rechtliche Verpflichtung nach der eigenen Angabe des Klägers nicht vorlag, beseitigten oder abänderten. Diese neue Vereinbarung ist Ende Mai 1903 erfolgt und sie ist ein neues und selbständiges Rechtsgeschäft. Ob es stempelpflichtig ist oder nicht, richtet sich nach seinem Inhalte. Dieser ging dahin, daß Kläger am 30. 4. 04. an M. gegen Zahlung von 32 900 Mk. die empfangenen Aktien oder an deren Stelle Aktien in gleicher Art und zu gleichem Betrage zu liefern hatte. Hierin ist ein auf den entgeltlichen Erwerb der Aktien gerichtetes neues Vertragsgeschäft zu erblicken. Ein neues selbständiges Geschäft und nicht etwa bloß eine Wiederholung und Anerkennung des früheren Geschäfts ist es, abgesehen von dem oben angeführten Grunde, schon deshalb, weil das Entgelt auf einen anderen Geldbetrag als den früher vereinbarten, nämlich auf 32 900 Mk. statt 34 000 Mk. festgesetzt wurde. Daß der neue Lieferungspreis sich nicht als identisch mit dem früheren, nur um eine Abschlagszahlung von 1100 Mk. verminderten Entgelt darstellt, hat der Berufungsrichter in seinen oben mitgeteilten Ausführungen zutreffend dargelegt, in denen er darauf hinweist, daß beim Steigen des Kurses der Aktien der Kläger zu dem Betrage von 34 000 Mk. den Betrag des Kursunterschiedes hätte zuzahlen müssen. Die Zuzahlung der 1100 Mk. hatte nicht die Natur einer Abschlagszahlung auf den ursprünglichen Lieferungspreis, diente vielmehr zur völligen, wenn auch vorzeitigen Abwickelung des früheren Geschäfts. Das letztere galt unter den Vertragschließenden als durch die Zahlung der Kursdifferenz von 1100 Mk. erledigt und durch ein neues, dem früheren gleichartiges ersetzt, kraft dessen der Kläger verpflichtet war, gegen Überlassung der noch in seinem Besitze befindlichen fremden Aktien an ihn dem M. den diesem gezahlten Vorschuß, soweit er ihn noch in Händen hatte, ebenfalls zu belassen und gegen dessen spätere Rückzahlung die erhaltenen Papiere oder solche gleicher Art und Zahl an M. zurückzugeben. Daß zur Zeit des neuen Geschäfts der Kläger bereits von seinem vertragsmäßigen Rechte, die Papiere sich anzueignen, Gebrauch gemacht hätte, ist nirgends behauptet. Das neue Geschäft hatte hiernach dieselbe, aus Kauf und Rückkauf von Effekten sich zusammensetzende Natur eines uneigentlichen Leihgeschäftes wie das durch die Schlußnote beurkundete, es unterlag daher dem Stempel der TarifNr. 4a des RStempG., und zwar gemäß der Vorschrift des § 11 Abs. 3 daselbst nur dem einmaligen Stempel. Nimmt man aber an, daß das Eigentum an den Aktien zur Zeit des neuen Geschäftes schon durch den Kläger erworben war, so stellt sich das neue Geschäft nicht als Kauf und Rückkauf, sondern als einfacher Kauf von 15 000 Mk. Aktien durch M. gegen ein Entgelt von 32 900 Mk. dar, und es unterliegt auch in diesem Falle dem einmaligen Anschaffungsstempel.

Die Ausführung der Revision, das in der Schlußnote vom 30. 4. 03 beurkundete Geschäft sei kein Kauf- und Rückkaufsgeschäft, sondern sei und bleibe eine bloße Darlehnshingabe von Effekten und unterliege deshalb nicht dem Anschaffungsstempel, setzt sich in Widerspruch mit der Vorschrift des § 13 Abs. 2 des RStempG. und der ständigen, für das RStempG. vom 27. 4. 1894 ergangenen Rechtsprechung, nach der uneigentliche Lombardgeschäfte, also auch diejenigen Geschäfte unter den Begriff des Anschaffungsgeschäfts fallen, bei denen der zu seiner Sicherheit Wertpapiere erhaltende Darlehnsgeber befugt ist, an Stelle dieser Wertpapiere andere von gleicher Art zurückzugewähren. Durch das jetzige RStempG. ist hieran nichts geändert worden.

* * *

Nr. 9. **Tarifst. 4a Nr. 4 Abs. 2. (Anschaffungsstempel.)** Wenn zwei Aktiengesellschaften (zum Zwecke der Begründung einer Interessengemeinschaft durch dauernde gegenseitige Beteiligung) die durch eine beiderseitige Kapitalserhöhung geschaffenen jungen Aktien gegenseitig zeichnen und als Sacheinlage gegenseitig ihre jungen Aktien einbringen, so liegt nicht ein nur einmal stempelpflichtiges Tauschgeschäft vor, sondern es ist auf jeder Seite für die Ausreichung der jungen Aktien an den anderen Teil der Anschaffungsstempel zu entrichten.

Urt. des VII. ZivSen. vom 6. April 1906. 356. 05.

Die Generalversammlung der Norddeutschen Bank in Hamburg beschloß am 9. 1. 04. ihr Kapital um 10 Millionen Mk. durch Ausgabe von 10 000 Anteilen zu 1000 Mk. zu erhöhen; die Generalversammlung der Kommanditisten der Diskontogesellschaft beschloß am 11. 1. 04 ihr Kommanditkapital um 20 Millionen Mk. eingeteilt in 16 664 Anteile über 1200 Mk. und 1 Anteil über 2000 Mk. zu erhöhen. Es zeichnete und erhielt die Diskonto-Gesellschaft 10 000 Anteile zu 1000 Mk. der Norddeutschen Bank, während diese 6666 Anteile zu 1200 Mk. der Diskonto-Gesellschaft zum Kurse von 125% zeichnete und erhielt und zwar beiderseits dergestalt, daß jede der beiden Gesellschaften als Einlage auf die von ihr gezeichneten Anteile der anderen die von dieser Gesellschaft gezeichneten Anteile gewährte. Die beiden Gesellschaften waren der Ansicht, daß es sich bei diesen geschäftlichen Maßnahmen um einen Tausch in Gestalt des Austausches zweier Sachleistungen handle und es wurde daher nur eine Schlußnote über den sich auf 14 799 000 Mk. belaufenden höheren Wert der Anteile der Norddeutschen Bank mit einem Stempel von 4439,70 Mk. ausgestellt. Die Stempelsteuerbehörde war dagegen der Meinung, daß ein doppeltes nach Tarifst. 4a Nr. 4. des RStempG. stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft verliege und daß daher auszustellen gewesen seien:

1. eine Schlußnote von der Diskonto-Gesellschaft auf die Norddeutsche Bank über 6666 Kommanditanteile zu je 1200 Mk. zum Kurse von 125% 9 999 000 Mk., mit 2999,70 Mk.;

2. eine Schlußnote von der Norddeutschen Bank auf die Diskonto-Gesellschaft über 10 000 Anteile der Norddeutschen Bank zu je 1000 Mk. = 14 799 000 Mk. mit 4439,70 Mk.

Da nur die letztere, nicht aber die erstere Schlußnote vorhanden war, wurde der Betrag von 2999,70 Mk. nachgefordert und von der Diskonto-Gesellschaft bezahlt. Diesen Betrag verlangte sie alsdann auf Grund der von ihr vertretenen Auffassung von dem Tauschcharakter der vorbezeichneten Maßnahmen mit Klage zurück. Sämtliche Instanzen wiesen die Klage ab. Gründe des Revisionsurteils:

Die Revision konnte keinen Erfolg haben, da die rechtliche Grundlage, auf der sich ihre Ausführungen aufbauen, nämlich die durch alle Instanzen festgehaltene Annahme, es handle sich bei den in Frage stehenden Geschäften um ein einziges Umsatzgeschäft, d. h. um ein Tauschgeschäft, nicht haltbar ist. Diese Auffassung muß schon an der Bestimmung des Abs. 2 der Tarifst. 4a Nr. 4 des RStempG. scheitern, in welchem die Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber den Anschaffungsgeschäften gleichgestellt ist. Die Ausreichung junger Aktien an den ersten Erwerber liegt sowohl auf Seiten der Norddeutschen Bank wie auf Seiten der Diskonto-Gesellschaft, also zweifach vor und es ist begriffswidrig, diese Ausreichung, die ihrer rechtlichen Natur nach nur ein einseitiger Rechtsakt ist und sein kann, zum Bestandteil eines gegenseitigen Rechtsgeschäftes zu machen, bei welchem die eine Leistung das Entgelt für die Gegenleistung bildet. Demgemäß hat auch die Stempelsteuerbehörde je eine von der Diskonto-Gesellschaft auf die Norddeutsche Bank und eine von dieser auf jene ausgestellte Schlußnote gefordert. Schon mit dieser gleichzeitig und gleichheitlich sowohl nach der Seite der Diskonto-Gesellschaft wie nach derjenigen der Norddeutschen Bank sich wendenden Erwägung ist der Rechtstreit entschieden. Allein auch wenn man die eine oder andere Seite selbständig für sich allein ins Auge faßt, gelangt man zu einem gleichen Ergebnis. Die bei der Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgende Zuteilung von Aktien an die Zeichner oder die Übernahme der Aktien durch die Gründer ist nach Tarifst. 4a Nr. 4 Abs. 2 ebenso für sich ein reichsstempelpflichtiges Geschäft wie die Erwerbung fremder Aktien durch eine Aktiengesellschaft in Gestalt einer ihr gemachten Sacheinlage. Nur wenn diese beiden Akte die Bestandteile eines einheitlichen synallagmatischen Geschäftes darstellten, würde es sich rechtfertigen, sie stempelrechtlich als ein Anschaffungsgeschäft zu behandeln und demnach den Anschaffungsstempel nur ein Mal zu erheben. Nun haben aber die vereinigten ZivSen. des RG. in dem in den Entsch. des RG. 31, 17 ff. veröffentlichten Beschlusse dargelegt, daß ein derartiger rechtsgeschäftlicher synallagmatischer Zusammenhang zwischen der Zuteilung der Aktien und der Sacheinlage nicht besteht. Hieran ist auch durch den nach Erlaß dieses Beschlusses der Tarifst. 4a Nr. 4 in dem RStempG. vom 27. 4. 1894 zugefügten Abs. 2 nichts geändert worden. Wie in dem Urteil des erkennenden Senats vom 5. 1. 1900 (Entsch. des RG. 45, 100 ff.) näher ausgeführt worden, ist die Annahme ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber durch jene neue Bestimmung des RStempG. vom 27. 4. 1894 die Zuteilung der Aktien oder deren Übernahme bei der Errichtung einer Aktiengesellschaft für ein Gegenseitigkeitsgeschäft habe erklären wollen. Es konnte nicht seine Absicht sein, lediglich bei Gelegenheit einer stempelrechtlichen Bestimmung nebenher eine so tief in das Wesen der Vorgänge bei der Gründung der Aktiengesellschaft eingreifende Frage gesetzlich anders zu ordnen, als wie sich dies aus den Bestimmungen des HGB. und der Natur jener Vorgänge ergab. In dem Gesetze vom 27. 4. 1894 ist auch nicht, wie in dem erwähnten Urteil nachgewiesen, der Bezeichnung „Anschaffungsgeschäft" ein anderer Begriff untergelegt, als im Bereiche des Handelsrechts und Reichsstempelrechts mit ihm verbunden war. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr darauf beschränkt, die Übernahme der Aktien bezw. deren Zuteilung bei der Errichtung dem Anschaffungsgeschäft insofern gleichzustellen, als hierfür die gleichen Steuersätze, wie bei jenem, Platz greifen sollten. Auf dieser in Übereinstimmung mit dem Beschluß der vereinigten Zivilsenate eine synallagmatische Wechselbeziehung zwischen der Zuteilung der Aktien und der Sacheinlage verneinenden Auffassung beruhte in dem Urteil des erkennenden Senats vom 5. 1. 1900 die Möglichkeit der Annahme, daß die Sacheinlage, wie es im preußischen StempG. vom 31. 7. 1895 geschehen ist, einer selbständigen, landesgesetzlichen Besteuerung unterworfen werden könne. Nur eine weitere Folgerung aus dieser selbständigen Funktion, welche der Sacheinlage der Zuteilung und Übernahme der Aktien gegenüber zukommt, ist die in dem Urteil des erkennenden Senats vom 27. 5. 02 (Entsch. des RG. 51, 351) vertretene und auch in der Literatur (s. den Kommentar zum preußischen StempG. von Hummel und Specht 688) geteilte Ansicht, daß daß Einbringen reichsstempelpflichtiger Wertpapiere, also auch von Aktien, dem Reichsanschaffungsstempel unterliege. Nun handelte es sich allerdings bei dem Beschlusse der vereinigten Zivilsenate und dem Urteil des erkennenden Senats vom 5. 1. 1900 um die Vorgänge bei Gründung einer Aktiengesellschaft. Allein die Verhältnisse sind, wie in Einklang mit der Rechtslehre (s. Staub und Holdheims MSchr. 3, 61 und Kommentar zum HGB. [6./7. Aufl.] 1, 48 Note 34) bereits der IV. ZivSen. des RG. angenommen hat (JW. 1898 80 Nr. 47) nicht anders zu beurteilen, wenn die Ausreichung der jungen Aktien bei einer Kapitalserhöhung in Frage steht. Auch hier waltet zwischen der Ausreichung der Aktien und der Sacheinlage kein synallagmatischer Zusammenhang ob, die Ausreichung der Aktien und die Sacheinlage bilden also nicht, wie die Klägerin es in diesem ganzen Rechtsstreit dargestellt hat, rechtlich die beiden Seiten eines Tauschgeschäftes, mithin die Bestandteile eines Anschaffungsgeschäftes, sondern es ist sowohl das Ausreichen wie das Einbringen der Aktien als ein Akt für sich auch jedes für sich reichsstempelpflichtig.

* * *

Nr. 10. **Tarifnr. 5.** (Stempelpflicht der Ausweise über Spieleinlagen bei öffentlich veranstalteten Ausspielungen von Waren.) Das sog. Schneeballenverfahren ist eine öffentlich veranstaltete Ausspielung von Waren im Sinne des RStempG. und die Urkunden hierüber sind stempelpflichtige Ausweise über Spieleinlagen bei dieser Ausspielung. (Gella- und Hydrasystem).

Zwei Urteile des VII. ZivSen. v. 18. April 1905. 444. 04 und 121. 05.

Die erste der beiden Entscheidungen betraf das sog. Gellasystem. Das System, nach welchem die „Gellavertriebsgesellschaft" ihre Waren veräußerte, war das folgende. Wer von ihr nach diesem System Waren erwerben wollte, hatte zunächst einen „Gellakupon" zum Preise von 2 Mk.

zu kaufen. Alsdann waren folgende Bedingungen von ihm zu erfüllen: Er hatte gegen weitere Zahlung von 12 Mk. eine „Gellaurkunde“ mit anhängenden sechs „Gellakupons“ von der Gesellschaft zu entnehmen. Die Kupons zum Preise von je 2 Mk. hatte er an andere Personen wieder abzusetzen. Jeder der sechs Abnehmer mußte seinerseits wieder eine Gellaurkunde zum Preise von 12 Mk. von der Gesellschaft erwerben. War dies alles geschehen, so hatte der Käufer nunmehr das Recht aus dem Geschäft der Gesellschaft Waren zum Werte von 72 Mk. zu entnehmen. Setzte er nur einen Kupon ab und der Erwerber dieses Kupons löste eine Gellaurkunde zum Preise von 12 Mk. ein, so konnte der erstere einen Gegenstand zum Preise von 12 Mk. verlangen, setzte er zwei Kupons ab und es wurden darauf Gellaurkunden eingelöst, so konnte er Waren zum Preise von 24 Mk. verlangen usw Die nicht abgesetzten Kupons wurden bei Käufen von 12 Mk. und dem Vielfachen für je 2 Mk. in Zahlung genommen. Die Stempelsteuerbehörde sah in diesem Geschäftsbetriebe die Veranstaltung einer öffentlichen Ausspielung sowie in den Gellakupons und Gellaurkunden stempelpflichtige Ausweise hierüber und erforderte den entsprechenden Stempel. Der erste Richter gab der den entrichteten Stempel zurückfordenden Klage der Gellagesellschaft statt, die zweite und dritte Instanz wiesen dagegen die Klage ab. Der VII. ZivSen. schloß sich in seinem Urteil der Auffassung der Stempelsteuerbehörde sowie den Entscheidungen der Strafsenate des RG. an, die gleichartige Geschäftsbetriebe für öffentliche Ausspielungen erklärt hatten. S. die näheren Ausführungen in 60, 379 der RGZ. In der zweiten gleichliegenden Sache (Hydrasystem) wurde ebenso erkannt.

Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht.

Von **Dr. Hans Fritz Abraham**, Berlin.

II.

Die Sanierung.

Nachtrag.

Unsere Studie in Heft 3 dieses Jahrganges (S. 63 ff.) hat sich unter anderem mit folgenden Transaktionen beschäftigt:

1. Mit der Zusammenfassung zweier Aktienurkunden zu einer einzigen. Z. B.: zwei Aktien über je 1000 Mk. werden zu einem Anteile mit dem Nennbetrage von 2000 Mk. vereinigt. (S. 65 f.)
2. Mit der Stückelung einer Aktie. Z. B.: eine Aktie über 2000 Mk. wird in zwei Anteile über je 1000 Mk. zerlegt. (S. 65.)
3. Mit der Zusammenlegung mehrerer Aktien in der Weise, daß die übrig bleibende Aktie einen höheren Nennbetrag als die bisher vorhandenen Anteile besitzt. Z. B.: zwei Aktien über je 1000 Mk. werden in der Weise zusammengelegt, daß nur eine Aktie über 1200 Mk übrig bleibt. (S. 64.)

Wir erörterten, inwieweit die bezeichneten Maßnahmen zur Entrichtung der Emissions- und Schlußnotensteuer führen, besprachen die mannigfachen Streitfragen und äußerten den Wunsch, die wissenschaftlich ziemlich unfruchtbaren Zweifel durch eine klare Ausführungsbestimmung für das ganze Reich beseitigt zu sehen. (S. 65, 66.)

Schneller, als der Verfasser dies erwartete, ist eine derartige Ausführungsbestimmung seitens des Bundesrates ergangen. — Ich entnehme sie dem preußischen Zentralblatt für Abgabenverwaltung 1907 S. 51, das am 2. März 1907 ausgegeben ist. Eine Berücksichtigung in Heft 3 dieser Zeitschrift war nicht mehr möglich.

Nach der neuen Ausführungsbestimmung, die einen zweiten Satz zu § 20 Ziff. 1 der bisherigen Bestimmungen bilden soll, ist die Ausgabe von Ersatzurkunden auch dann emissionssteuerfrei, wenn die neu auszugebenden Stücke über andere Einzelbeträge lauten, als diejenigen, an deren Stelle sie treten, soweit der Gesamtnennbetrag der neu auszugebenden den der bisherigen Stücke nicht übersteigt.

Hiernach ist in keinem der oben zu 1 bis 3 genannten Fälle die Emissionssteuer zu entrichten. (Für Fall 1 und 2 war bisher die Berechtigung der Steuer bestritten, im Falle 3 wurde der Erhöhungsbetrag verstempelt.)

Sieht man in den bezeichneten Ersatzurkunden keine neuen Wertpapiere, so ist auch keine Schlußnotensteuer fällig, da eine Ausreichung von Wertpapieren an die ersten Erwerber nicht vorliegt. (Ebenso mit teilweise anderer Begründung S. 66 ff.)

Die neue Bestimmung des Bundesrates bezieht sich zunächst nur auf den Fall, daß die Ersatzurkunden körperlich neue Papiere sind. Die Steuerbefreiung soll aber offenbar auch dann gelten, wenn die bisherigen Urkunden verwandt werden, und die Rechtsänderung lediglich durch einen Stempelaufdruck kenntlich gemacht wird. Aus dem Wortlaute der Ausführungsbestimmungen ergibt sich dies nicht ohne weiteres. Die neue Bestimmung soll nämlich in den Abs. 1 des § 20 a. a. O. aufgenommen werden. In Abs. 3 des § 20 wird nun ausdrücklich die Abänderung einer Urkunde durch Stempelaufdruck der Ausgabe einer neuen Urkunde gleichgestellt, aber nur im Sinne des vorstehenden, d. h. zweiten Absatzes. Unsere Bestimmung ist aber, wie betont, in den ersten Absatz aufgenommen worden; Abs. 3 bezieht sich also, wenn man sich peinlich an den Wortlaut hält, nicht auf sie.

Ich halte dies nur für eine inkorrekte Redaktion, der keine Bedeutung zukommt.

Die Bestimmung selbst ist eine Verkehrserleichterung und als solche zu begrüßen.

Einige Bemerkungen betreffend die Reform des Wechselprotestes.

Von Landgerichtsrat Dr Marcus in Berlin.

Die Frage der Reform des Wechselprotestes scheint ihrer endlichen gesetzlichen Regelung näher gerückt, nachdem seitens des Reichsjustizamts dem Drängen der Vertreter des Handels und Gewerbes durch Bekanntgabe eines vorläufigen Entwurfs eines Gesetzes betr. die Erleichterung des Wechselprotestes die anerkennende Sanktion des Bedürfnisses zuteil geworden.

Zu diesem Entwurf liegen neuerlich wieder zwei bedeutsame Äußerungen vor in Gestalt des Votums der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin (Berliner Jahrbuch für Handel und Industrie Jahrg. 1906 Bd. 1, Berlin, Verlag von Georg Reimer 1907) und eines überaus eingehenden, lichtvollen Vortrags des unermüdlichen sachkundigen Rufers im Streit, Justizrat Dr. Bernstein in Berlin: Die Reform des Wechselprotestes Berlin, 1907, Vahlen, Heft 22 der Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins. Im Anschluß an diese berufensten Beurteiler der Frage sei auch einem Richter, dem die Rechtsprechung in Wechselsachen seit langen Jahren obliegt, ein Wort zu dem Entwurf gestattet:

I. Durchaus beifallswert erscheint die Beibehaltung des Protestes als Bedingung des Wechselregresses: Bernstein S. 4—8, Gutachten der Ältesten a. a. O. S. 320, 321. Alles, was in dieser Beziehung zur Rechtfertigung der Abschaffung des Protestes überhaupt geltend gemacht ist, scheiterte an der Privilegierung des Wechselprozesses als Art des Urkundenprozesses. Dieser erforderte notwendig ein Zeugnis einer Urkundsperson über die Präsentation und ihre Erfolglosigkeit — und nur die Beseitigung aller dem Protest zum Solennitätsakt stempelnden unnützen Formalitäten ist ein gerechtfertigtes Postulat. Diesen, mit durchaus erschöpfenden Argumenten verteidigten Standpunkt Bernsteins erkannten auch die Berliner Ältesten an. Er sollte, trotz der Gewichtigkeit der dagegen erhobenen Stimmen, nicht aufgegeben werden. Denn die Gegengründe beweisen Nichts. Soweit sie aus der Rechtsgültigkeit des Protest-Erlasses entnommen sind, wird übersehen, daß trotz des Erlasses Protest erhoben und sogar Ersatz der Protestkosten begehrt werden darf, Art. 42 WO.; im Übrigen ist der Protesterlaß so selten, daß er erfahrungsgemäß lediglich in besonderen persönlichen Verhältnissen der Wechselbeteiligten seinen Grund hat. Was die Berufung auf fremdländisches Recht angeht, so verschlägt, von Anderem abgesehen, auch dies nicht, weil es dort keinen Exekutiv- (Urkunden-) und Wechselprozeß in der Eigenart des deutschen Prozeßrechts gibt.

II. Daß der Domizil- und der Zahlstellenwechsel unter Beibehaltung des Rechts des Art. 43 WO. im Entwurf gleichgestellt worden, ist durchaus sachlich begründet: Entw. § 1 I, Ältestengutachten S. 321, Bernstein S. 8—10 und S. 30 Leitsatz 2; dagegen erscheint die vorgesehene Bestimmung § 1 II d. Entw. zur Änderung des Art. 44 WO. doch nicht einwandfrei: Bernstein S. 8/9.

III. Die Vereinfachung des Protestrechts i. S. des Entwurf betrifft das Verfahren, Zeit und Ort der Protesterhebung, die Form der Protesturkunde und die bei dem Akt beteiligten Personen. Dazu sei folgendes bemerkt:

1) Statt der bisher landesrechtlich in den Einführungsgesetzen zur WO. geregelten Proteststunden soll nach § 1 Entw. reichsrechtliche Einheitsnorm treten. Protestzeit ist die Zeit von 8 Uhr früh bis 7 Uhr abends. Ausreichend und deshalb zweckmäßiger wäre die Konzentration auf die wirkliche Geschäftszeit, die handelsüblich ist, auf die Stunden von 9 bis nachmittags 5 oder 6 Uhr beschränkt. Kleinstädtische und ländliche Verhältnisse kommen für den Wechselverkehr nicht in Betracht.

Der Entwurf erklärt aber unbegründeter Weise, vgl. Bernstein S. 22 — die Einhaltung der Protestzeiten nicht für zwingend, § 1 IX Satz 2 „soll". Bei der künftigen Gesetzesarbeit wird hierin Wandel zu schaffen sein, wenn man nicht zur Annahme des Vorschlags (Bernstein S. 23) gelangt, allgemeine Wechselstunden gesetzlich zu fixieren.

2) Mit unerträglichem Formalismus des bisherigen Protestrechts in den Fällen, in welchen der Protestat nicht in der auf dem Wechsel angegebenen Gemeinde, sondern in einer benachbarten wohnt, räumen die Vorschläge des Entw. § 1 VII/VIII in Änderung und Ergänzung des Art. 91 WO. auf. Sachlich ist dem durchaus beizupflichten (Bernstein 19—21, Ältestengutachten S. 321), zumal der Entwurf allgemein die Beurkundung der die Legalität des Verfahrens bedingenden Vorgänge nicht mehr erfordert.

An Stelle der in Satz 2 VIII § 1 Entw. dem Bundesrat vorbehaltenen Bestimmung, welche Orte als Nachbarorte anzusehen, gesetzliche Bestimmung zu treffen, wie Bernstein vorschlägt, möchte sich nicht empfehlen, weil die Diskretion des Bundesrats im Einzelfalle schlichtere und von Fall zu Fall bei Bedürfnis modifizierbare Regelung erwarten läßt, als die der Auslegung zugängliche Festlegung des „baulich verbundenen Nachbarortes." Auch auf den postalischen Zusammenhang abzustellen, erscheint nicht opportun.

3) Wird aus Anlaß der Änderung des Protestverfahrens formalistischer Ballast einmal beseitigt, so brauchte nicht die Änderung des deutschen Wechselgesetzes erst abgewartet zu werden, um die der

Protestlegitimation nach geltendem Recht sich oft entgegenstellenden Bedenken bei unterlassener Ausstreichung von Nachindossamenten seitens dessen, der den notleidenden, noch nicht protestierten Wechsel eingelöst hat, zu beseitigen. Jeder Berufene wird dem von Bernstein S. 11, 12 und Leitsatz 3 S. 30 befürworteten Bestimmung als in dem Entwurf aufnehmbar, beipflichten, nicht minder seinen Ausführungen über die Form und den Inhalt des künftigen Wechselprotestes S. 12—17 und Leitsätze 5- -7 S. 30/31.

IV. Im Vordergrund des Interesses, sobald die Fortdauer des Protestes als solche einmal im bejahenden Sinne erledigt ist, steht die Frage des Rechts und der Pflicht der Zahlungsannahme seitens des Protestbeamten — Bernstein S. 17, 18, Gutachten der Ältesten S. 322 — wenn festgehalten wird, (vgl. Goldschmidt System d. Handelsrechts 3. Aufl. 258) daß Erbieten der Zahlung an die Urkundsperson die Statthaftigkeit der Protestaufnahme ausschließt. In dieser Beziehung muß an Stelle des § 1 V Entw. der Satz treten: Die Zahlung wird rechtswirksam an die Protestperson bewirkt. Diese ist zur Annahme verpflichtet. Der gegenwärtige Rechtszustand bezüglich dieser Frage ist jedenfalls unhaltbar.

V. Unzureichend für die Bedürfnisse des Verkehrs ist die Ausgestaltung des Protestes im Entwurf. In dieser Beziehung wird nach den überzeugenden und durch fiskalische Argumente nicht zu beseitigenden Vorschlägen, die in dem Gutachten der Berliner Ältesten enthalten sind (S. 321, 322 a. a. O. der Entwurf umzugestalten sein, vgl. auch (Goldschmidt a. a. O. 260).

Der Neugestaltung des Wechselprotestes, der Natur des Wechselrechts überhaupt anzuschließen, ist in dem auf Verwirklichung dieses Wunsches auf Veranlassung der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft gefertigten Entwurf eines Weltwechselrechts der Weg trefflich vorgezeichnet. Daß den Bedürfnissen des Weltverkehrs überhaupt nur ein uniformes, nicht unüberwindliche Schwierigkeiten darbietendes, Wechselrecht dienen würde, hat neuerdings auch v. Bar betont: System des internat. Privatrechts in Hinneberg, Kultur der Gegenwart Teil II Abt. 8, 1906, 156/7.

Zur Frage des § 1333 des österreichischen allg. bürgerl. Gesetzbuches.

Von **Dr. Hermann Freund.**

II.

Sollte sich wirklich unser allg. BGB. allen diesen Erwägungen der Gerechtigkeit und Billigkeit verschlossen und dem zum Trotz das Gegenteil im § 1333 verfügt haben?

Eine eingehendere Beschäftigung mit der Redaktionsgeschichte wird uns darüber Aufschluß zu erteilen in der Lage sein.

Im preuß. Landrecht, das bekanntlich für das BGB. in vieler Beziehung vorbildlich war, bestimmt § 834: „Hat jedoch der Schuldner bei vorhandenen, hinlänglichen Zahlungsmitteln aus Vorsatz oder grobem Versehen die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger den Ersatz des aus diesem Verzug ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen."

Im Urentwurf des BGB. (Westgalizisches Gesetzbuch) findet sich diese Bestimmung in folgender Form wieder: „III. Teil § 487: Läßt sich der dem Gläubiger verursachte Schaden durch Zinsen nicht ausgleichen, ... so kann der Gläubiger das sogenannte Interesse einklagen, und es wird ihm der Ersatz des aus Versehen zugefügten Schadens, oder auch die vollständige Genugtuung (bei dolus) zuerkannt."

Im ersten Entwurf des BGB. wurde diese Bestimmung weggelassen, ohne daß man bis in die neueste Zeit wußte, warum; heute glaubt man den Grund gefunden zu haben.

Der dem Sinn nach entsprechende Passus im ersten Entwurf des BGB. lautet folgendermaßen: (s. Ofner: Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des öst. allg. BGB. Wien 1888, II, 200.)

„Der Schaden, welchen der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung einer in Geld zu leistenden Zahlung zufügt, wird durch die vom Gesetz bestimmten Zinsen vergütet."

Man sieht, die damalige Fassung ist von der heutigen nicht sehr verschieden; das Interessante kommt aber erst; ich zitiere wörtlich aus Ofner:

„Gegen diesen Text brachte aber von Scheppel*) folgende Erinnerungen vor: Die gesetzlichen Zinsen seien keine Vergütung des Schadens aus der Zahlungsverzögerung, denn diese gebührten ohnehin bis zur Zahlung des Kapitales, stünden aber oft nicht im entfernten Verhältnis mit dem erlittenen Schaden. Der Gläubiger hat mit Recht auf die Zurückzahlung zur bedungenen Zeit rechnen können, Zahlungen versprechen, Verbindlichkeiten eingehen, Spekulationen unternehmen können, und ist nun an der Erfüllung seiner Pflichten, an der Erzielung seines Gewinnes durch die Saumsal seines Schuldners gehindert, er muß alle bedungenen Konventionalstrafen bezahlen, muß allen durch sein Versprechen, welches er selbst zu halten nicht imstande ist, verursachten Schaden ersetzen, und sollte nicht gleiche Rechte gegen seinen Schuldner haben?"

„Schon diese Betrachtungen zeigen die Billigkeit und das Recht, daß bei verzögerter Kapitalzahlung

*) Einer der Redaktoren des BGB.

nach bedungener Frist nebst den gesetzlichen Zinsen auch noch eine weitere Vergütung alles hierdurch erweislich zugefügten Schadens statthaben solle, und zwar umsomehr, als sonst das Gesetz selbst die Zahlungsverzögerung zu begünstigen scheine und Anlaß zu wucherischen Bedrückungen geben würde. . . ."

„Nun stimmte auch von Ehrenberg diesem Antrage bei, und glaubte dies in der Textierung des Referenten dadurch auszudrücken, wenn er am Ende derselben den Beisatz mache:"

„Es wäre denn, daß ein größerer Schaden zugefügt wurde."

„Der Vizepräsident meinte, man müsse vor allem den Darlehensvertrag von den übrigen Verträgen unterscheiden. — Was den Darlehensvertrag betrifft, so wäre Stimmführer mit der Meinung des Referenten einverstanden („d. h. der Gläubiger solle nur die Verzugszinsen bekommen") bei den anderen Verträgen seien allerdings die von v. Scheppel vorgebrachten Einwendungen von solcher Erheblichkeit, daß er die in dem vorliegenden Texte enthaltenen Vorschriften auf diese Verträge nicht anwenden zu können glaube und daher den vorliegenden Paragraph nur auf das Darlehen beschränken und nicht auf andere Fälle, wo Zahlungen oder andere Verbindlichkeiten zu leisten sind, ausdehnen, daher von diesen hier gänzlich schweigen würde."

„Nachdem dieser letzteren Meinung auch beigestimmt wurde, so lautet der Paragraph:

Der Schaden, welchen **beim Darlehen** der Schuldner seinem Gläubiger durch Verzögerung der bedungenen Zahlung des geschuldeten Kapitales zufügt, wird durch die vom Gesetze bestimmten Zinsen vergütet."

Was also der Sinn dieses Paragraphen ist und worauf der Ton liegt, das ist nach dem Vorausgehenden klar; aber ebenso klar ist, daß ohne Kenntnis der Entstehungsgeschichte des § der beabsichtigte Sinn nicht erkennbar ist. Beim einfachen Durchlesen des Paragraphen in dieser Fassung wird man vielmehr nur das als mutmaßlichen Sinn herauslesen können:

Nur beim Darlehen erfolgt die Schadensgutmachung der Verzögerung durch Verzugszinsen, oder deutlicher: nur beim Darlehen gibt es Verzugszinsen. Nie aber wird man infolge der undeutlichen Stilisierung den eigentlich beabsichtigten Sinn herausbringen können, nämlich: nur beim Darlehen erfolgt die Schadensgutmachung nur durch die Verzugszinsen.

Das zweite „nur", das eigentlich das wichtigste Wort des ganzen Paragraphen wäre, fehlt eben auch, und läßt sich ohne Kenntis der Redaktionsgeschichte auch nicht ergänzen.

Die Fassung dieses Paragraphen also im ersten Entwurf wird zu der bereits oben erwähnten Deutung führen müssen. Verzugszinsen gebe es nur beim Darlehen, ein Resultat, das natürlich vollständig unrichtig und von den Redaktoren auch nie beabsichtigt war, nichtsdestoweniger aber entschuldbar ist, denn das BGB. spricht von gesetzlichen Zinsen vorher hauptsächlich nur im Hauptstück vom Darlehen.

Man könnte auf diese Weise zur unrichtigen Ansicht verleitet werden, als hätten die Redaktoren die Absicht gehabt, bei Festsetzung der Folgen des Zahlungsverzuges ein Sonderrecht zu statieren über die **Art**, wie bei Darlehen die Verzögerung in der Rückzahlung gutzumachen sei (nämlich durch Verzugszinsen), während sie doch in Wirklichkeit nur über das **Maß** des Schadenersatzes ein Sonderrecht statieren wollten (nämlich nur durch die Verzugszinsen).

Die Unrichtigkeit dieser Meinung hätte sich aber umso auffallender gezeigt, als auch schon im ersten Entwurf auf unseren heutigen § 1333 (damals 1310) der heutige § 1334 (damals 1311) folgte, und dieser § vom Verzug ganz allgemein spricht, ohne auf das Darlehen Rücksicht zu nehmen.*)

Diese Diskrepanz haben denn auch die Redaktoren recht wohl bemerkt; und um den Widerspruch zu beseitigen, der sich aus der irrtümlichen, aber wie gezeigt, fast unausweichlichen Deutung des (heutigen) § 1333 und dem darauffolgenden § 1334 ergab, wurde bei der Revision des Entwurfes des BGB. (Ofner II, 441) „die Einschränkung, „beim Darlehen" als unrichtig, wie dies der folgende Paragraph zeigt, weggelassen."

Daher steht im revidierten Entwurf der § 1310 genau so wie heute im allg. BGB. der § 1333.

Und damit war die Konfusion fertig.

Denn mit der Weglassung der wichtigen Worte „beim Darlehen" hatten ja, wie gezeigt, die Redaktoren nicht im entferntesten die Absicht, an dem ursprünglichen Sinne dieses Paragraphen etwas zu ändern; sie wollten vielmehr nur einen möglichen, ja notwendigen, wenn auch nur irrtümlichen Widerspruch beseitigen.

Aber so wie der Paragraph jetzt gefaßt war, war es geradezu unmöglich, seinen wahren Sinn zu entdecken, wenn man nicht seine Entstehungsgeschichte zu Hilfe nahm; und das geschah ja in älterer Zeit bekanntlich fast nie.

Die bösen Folgen dieser unglücklichen Stilisierung blieben den auch nicht aus.

Als letzte Säule des vergangenen § 1333 stand nur mehr da das Wort „Kapital". „Bedungene Zahlung des schuldigen Kapitals", mußte man

*) § 1334: „Eine Verzögerung fällt einem Schuldner überhaupt zur Last . . . . ."

sich sagen, das kann wohl nur vom Darlehen gesagt werden; andererseits spricht aber doch wieder § 1333 ganz allgemein, noch mehr der mit diesem Paragraphen in engem Zusammenhang stehende § 1334. Daher war gerade das Wort bedungenes Kapital, der letzte Rest des „echten" § 1333 der Stein des Anstoßes für die, die den neuen § 1333 ganz allgemein für alle Geldzahlungen anwenden wollten, von denen er ja in der im revidierten Entwurf ihm verliehenen Fassung zu sprechen schien. Das Wort „Kapital" stand da hindernd im Wege und mußte hinweginterpretiert werden.

Das geschah denn auch durch das Hofdekret vom 18. I. 1842 Jg. S. N. 592: Dieses lautet:

„Erläuterung des § 1333 BGB. —; über die Frage, ob die Anwendung des § 1333 des allg. BGB. nicht auch auf verzögerte Leistungen von Gegenständen, die einen erweislichen Geldwert haben, auszudehnen sei, hat seine k. Majestät über allerunterthänigsten Vortrag der obersten Justizstelle — die nachstehende Erläuterung zu genehmigen geruht: Die Vorschrift des § 1333 allg. BGB. findet auf alle Forderungen in Geld, sie mögen aus einem Darlehen oder aus einem anderen Rechtstitel herrühren, nicht aber auf solche Forderungen eine Anwendung, welche keine Summe Geldes, sondern eine andere Sache oder Leistung, selbst wenn der Titel ein Darlehen ist, zum Gegenstande haben."

Wie sehr dieses HD. dem Geiste und der Absicht der Redaktoren zuwiderlief, braucht nach dem Vorangehenden nicht eigens erwähnt zu werden; wenn die Redaktoren für den Fall der Zurückzahlung eines Darlehens die Geltendmachung eines die gesetzlichen Zinsen übersteigenden Schadens ausgeschlossen wissen wollten, so geschah dies optima fide; das war eben die damalige Anschauung über den Wucher.

Diese singuläre nur für das Darlehen berechnete Wucherbekämpfungsvorschrift aber auch auf andere Fälle der Geldzahlung auszudehnen, fiel den Verfassern des BGB. gar nicht ein, und das nachher in den § 1333 hineininterpretieren zu wollen, wie dies das zit. HD. tut, entbehrt jeder Begründung.

Da nun aber das zitierte HD. „durch seine Aufnahme in den Anhang zur Ausgabe des allg. BGB. für Ungarn und Siebenbürgen in seiner Giltigkeit bestätigt wurde" (s. Manz II 1902, S. 11 und 631) müssen wir wohl zugestehen, daß von 1842—1868 auf Grund dieser authentischen Interpretation des allg. BGB. bei verzögerten Geldzahlungen als Schadenersatz nicht mehr als die gesetzlichen Zinsen verlangt werden konnte.

Ich sage bis 1868; warum, werde ich gleich ausführen.

Bald hatten sich nämlich die Ansichten über das Wesen des Wuchers geändert, und das Gesetz vom 14. Juni 1868 führte die Zinsfreiheit ein; zugleich hob es eine Reihe von Paragraphen des BGB auf, die mit diesem Grundsatze in Widerspruch standen; zu diesen gehört nun allerdings weder der § 1333 noch das HD. vom Jahre 1842.

Dafür aber steht im § 6 des zitierten Gesetzes vom 14. Juni 1868: „Alle den vorstehenden zuwiderlaufenden zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen sind hiermit außer Wirksamkeit gesetzt."

Da nun der Kern der „vorstehenden Bestimmungen" dieses Gesetzes aber der ist: „Zinsen können ohne Schranken vereinbart werden", der § 1333 aber sowohl in der von den Redaktoren beabsichtigten, als auch in der ihm vom HD. vom 18. I. 1842 untergeschobenen Bedeutung nur darauf fußt, daß, wenn schon die vereinbarte Konventionalstrafe, die doch den Schaden ersetzen soll, bei verzögerter Zahlung des Darlehns die rechtlichen Zinsen nicht übersteigen dürfe (§ 1336)*), ein diese gesetzlichen Zinsen übersteigender Schadensbetrag umsovielweniger dann gezahlt werden dürfe, wenn nicht vereinbart sei, so ist es klar, daß § 1333 dem § 6 des zit. Gesetzes vom 14. 6. 1868 zuwiderläuft, und daher auch als „ausdrücklich" (§ 9 allg. BGB.), wenn auch nur generell aufgehoben zu betrachten ist.**)

Dabei ist es denn auch bis heute geblieben; denn daß § 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1881

*) § 1336: „Doch darf bei Darlehen der Betrag, worauf der Richter erkennet, wegen verzögerter Zahlung die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen."

**) Tatsächlich war bei der Beratung des Gesetzes vom 14. 6. 1868 im österreichischen Abgeordnetenhause der Antrag gestellt worden, den § 1333 aufzuheben, welcher Antrag allerdings nicht zum Beschlusse wurde; aber gerade diese Ablehnung ist, so paradox das auch klingen mag, der deutlichste Beweis dafür, das der § 1333 doch, wenigstens teilweise, aufgehoben wurde. Dies erklärt sich so: Im § 1333 sind zwei ganz verschiedene Bestimmungen enthalten, die mit einander eigentlich in gar keinem Zusammenhange stehen, nämlich:

1) eine für den Gläubiger sehr günstige, nämlich die, daß er bei Verzug ohne weiteren Schadensbeweis Verzugszinsen verlangen kann.

2) eine für den Gläubiger sehr ungünstige, die allerdings erst durch das HD. von 1843 in dieser Allgemeinheit in den § hineingeraten war, aber im Jahre 1868 doch noch zu Recht bestand, nämlch die, daß nicht mehr als Verzugszinsen verlangt werden dürfe.

Wenn nun das Abgeordnetenhaus den § 1333 aufheben wollte, hatte es natürlich dabei nur die zweite Bestimmung im Auge, aber mit dieser unzertrennlich vereint, wäre auch die erste gefallen und daraus den Gläubigern ein weit größerer Nachteil als Vorteil erwachsen. Deshalb nennt Randa diesen Antrag etwas kurzsichtig „unbegreiflich".

Da nun das Gesetz von 1868 unmöglich sagen konnte, die Bestimmung 1 des § 1333 bleibe aufrecht, die Bestimmung 2 aber sei aufgehoben, mußte von der ausdrücklichen Zitierung des § 1333 überhaupt Abstand ge-

gar nicht in diesen Zusammenhang gehört, ist doch zweifellos.

Das Resultat der vorliegenden Erörterungen ist also:

Von allem Anfang an war im allg. BGB. der Geltendmachung des vollen Schadens, der aus der Verzögerung von Geldleistungen entstanden ist, keine Schranke gesetzt; nur bei Zurückzahlung von Darlehen konnte nicht mehr als die gesetzlichen Zinsen verlangt werden.

Diesen (für die damalige Zeit richtigen) Gedanken der Redaktoren ganz verkennend, hat das HD. vom 14. I. 1842 mit Hilfe des unpräzisen Wortlautes des § 1333 die Regel dieses Paragraphen auf alle Fälle verzögerter Geldzahlungen ausgedehnt.

Durch das Gesetz vom 14. 6. 1868 wurde aber nicht nur der frühere Zustand wieder hergestellt, sondern auch die beim Darlehen bestandene Beschränkung der Höhe des Schadenersatzes aufgehoben.

Wenn es also im Zirkular der Handels- und Gewerbekammer heißt: „Zugleich käme auch die mit diesem Probleme eng verknüpfte Controverse des § 1333 allg. BGB. zur legislatorischen Entscheidung —" so kann darauf nur geantwortet werden: Diese Frage ist bereits legislatorisch entschieden; und nur zur Vermeidung neuerlicher Mißverständnisse möge bei der doch einmal zu erlassenden Neuredaktion unseres BGB. folgende Fassung des einschlägigen Paragraphen vorgeschlagen werden:

„Wenn der Schuldner schuldhafterweise mit der Bezahlung der geschuldeten Geldsumme in Verzug ist, so hat er die gesetzlichen Zinsen zu entrichten, ohne daß der Gläubiger zu beweisen hat, ob er überhaupt einen Schaden oder einen Schaden in dieser Höhe erlitten hat.

Doch bleibt in jedem Falle sowohl dem Schuldner als auch dem Gläubiger überlassen, die Höhe des wahren Schadens nachzuweisen." (§ 288 ND. BGB.)

Der Vollständigkeit wegen muß ich jetzt zwei vielzitierte § des BGB. erwähnen, welche von den Anhängern der hier vertretenen Ansicht oft zum Beweise dafür herangezogen werden, daß das BGB. den eben bewiesenen Satz, daß bei Verzug in der Leistung von Geldforderungen mehr als Verzugszinsen gefordert werden können, an anderen Stellen als § 1333 deutlich und zweifellos ausgesprochen haben soll; es sind dies die §§ 1154 und 1409:

1154 spricht vom Lohnvertrag und sagt: . . . . zögert der Besteller mit der Entrichtung des Lohnes,

nommen werden, und man sich damit begnügen, ihn stillschweigend unter die allgemeine Bestimmung des § 6 dieses Gesetzes subsumieren zu lassen.

Von allen den Schriftstellern, die sich mit unserer Frage beschäftigen, ist meines Wissens Pfaff der einzige, der (in den schon oben erwähnten drei Gutachten S. 105 A 311) die Redaktionsprotokolle zitiert. Aber er kommt zu einem ganz anderen Resultate als ich; aus der Weglassung der Worte „beim Darlehen" zieht er gerade den entgegengesetzten Schluß wie ich, nämlich den, daß die Redaktoren dadurch ihre Absicht bekundet hätten, von nun an bei jeder Geldzahlung, nicht bloß beim Darlehen, eine über die Verzugszinsen hinausgehende Schadenersatzforderung auszuschließen.

Dagegen will ich nur folgendes einwenden:

1) sind Pfaff dabei die wichtigen Worte im revidierten Entwurf entgangen, „wie der folgende § zeigt", aus denen ich hauptsächlich meine Folgerungen gezogen habe.

2) kannte Pfaff noch nicht die erst in jüngster Zeit aufgefundenen, vorher verloren geglaubten Protokolle der beiden Sitzungen des superrevidierten Entwurfes vom 4. und 22. Januar 1810, in deren zweiter über unsere Frage wieder debattiert wurde.

Wieder standen sich da Scheppel und die anderen, besonders Zeiller gegenüber. Wieder verfocht Scheppel den „kapitalistischen" Standpunkt, den er schon im ersten Entwurf eingenommen hatte, wieder schlug er folgende, „im wesentlichen dem westgalizischen Gesetzbuch entnommene Vorschrift vor: Läßt sich der dem Gläubiger aus der Zahlungsverzögerung verursachte Schaden mit Zinsen nicht ausgleichen, so kann derselbe seinen Schaden einklagen." Dieser Antrag wurde aber von den Gegnern, an der Spitze Zeiller abgelehnt und es blieb bei der bisherigen (im II. Entwurf festgesetzten) Fassung.

Das Auffallende und Bedeutsame an dieser Sitzung und Debatte ist der Umstand, daß, obwohl nach Behauptung Pfaffs die Regelung der Folgen des Zahlungsverzuges des ersten Entwurfes durch den zweiten von Grund auf geändert worden sein soll, (i. o.) doch sich Scheppl jetzt, im dritten Entwurf nicht gegen die durch den zweiten Entwurf angeblich neu geschaffene Sachlage wendet, was er logischerweise einzig und allein hätte tun müssen und können, wenn wirklich der zweite Entwurf den ersten in unserer Frage abgeändert hätte: denn nach dem Grundsatz lex posterior derogat priori hätte doch nur das Geltung gehabt haben können, was im zweiten, späteren Entwurf stand!

Das tut nun, wie ich gleich zeigen werde, weder Scheppl noch ein anderer Redaktor; keiner erwähnt auch nur mit einem Worte den zweiten Entwurf, für alle existirt in unserer Frage nur der erste Entwurf. Daraus folgt klar, daß der zweite Entwurf auch noch zur Zeit des dritten (superrevidierten) Entwurfes gegolten haben muß oder: Der zweite Entwurf kann den ersten in unserer Frage nicht abgeändert haben.

Wie wir bereits wissen, hatte Scheppl im ersten Entwurf wenigstens das durchgesetzt, daß mit Ausnahme der Darlehnsgläubiger alle anderen Geldgläubiger rücksichtlich des Schadenersatzanspruches den anderen, nicht Geldgläubigern gleichgestellt wurden.

An diese und nur an diese Regelung der Frage knüpft er nun in der Sitzung vom 22. wieder an, und bemüht sich, dem Darlehnsgläubiger, dem letzten benachteiligten Gläubiger dieselbe günstige Stellung zu verschaffen, wie den anderen Gläubigern; darum sagt er in der Debatte: „Wenn das allgemeine Billigkeitsgefühl die Leiterin der Gesetzgebung sein soll, so sei nicht abzusehen, warum das BGB. für jeden Beschädigten sorgt, damit er zur Entschädigung gelange, und geradezu mit dem einzigen Gläubiger, welcher gegen die gesetzlichen Interessen sein Geld ausgeliehen hat, eine Ausnahme macht . . . . ."

Wie hätte Scheppl etwas derartiges behaupten können, wenn gesetzlich festgelegt gewesen wäre, was nach der Meinung Pfaffs der zweite Entwurf sagt? Wie hätte

Leipzig

so ist er verbunden, den Bestellten vollkommen zu entschädigen.

1409: . . . wenn der Assignat (dem Assignatar gegenüber) mit der Zahlung zögert, so haftet er für die Folgen.

Namentlich das Wort „vollkommen" des § 1154 wird von den beiderseitigen Schriftstellern entweder als unangenehme Ausnahme von § 1333 empfunden, und auf jede Weise hinwegzuinterpretieren gesucht, oder andererseits wiederum als stichhaltiger Beweis für die auch hier vertretene Ansicht ins Treffen geführt.

Beides dürfte unrichtig sein.

Gegen § 1154 habe ich immer ein gewisses Mißtrauen gehabt; nicht bloß weil das BGB. in der Wahl seiner Ausdrücke auf dem Gebiet des Schadenersatzrechtes überhaupt nicht sehr vorsichtig war, sondern besonders deshalb weil die Partie über den Lohnvertrag, insbesondere § 1154 eine der mißglücktesten Partien unseres Gesetzes ist.

Tatsächlich hat denn auch Saxl in neuester Zeit (ZBl. 1893) nachgewiesen, daß die hier angezogene Bestimmung des § 1154 nur eine Mißgeburt aus mehreren Bestimmungen des preußischen Landrechtes ist.

Demnach, und das dürfte wohl das richtige sein, bedeutet § 1154 nur folgendes:

Der säumige Lohnzahler haftet 1. für den aus der Zahlungsverzögerung dem Bestellten erwachsenen Schaden, welcher Schaden sich nach § 1333 bestimmt,

2. für den aus der verzögerten Übernahme der bestellten Sache erwachsenen Schaden. Diese beiden heterogenen Bestandteile des zu ersetzenden Schadens haben die Redaktoren ungenauerweise in dem einen Worte „vollkommen" zusammengefaßt.

§ 1409 andererseits kann wohl wegen seiner ganz vagen Ausdrucksweise überhaupt zu keinem Beweis herangezogen werden.

Es würden also diese beiden Argumente der Vertreter unserer Ansicht unverwendbar werden.

Ich brauche über diese beiden §§ 1154 und 1409 gar nicht. Denn unsere neue Exekutionsordnung trifft in § 155, der von der Wiederversteigerung handelt, folgende über jeden Zweifel und jeden Kommentar erhabene Bestimmung:

---

dann Scheppl behaupten können, daß auch damals noch das Gesetz einen Unterschied mache, zwischen gewöhnlichem Geldgläubiger und Darlehnsgläubiger?

Aber auch Zeiller selber erwähnt den zweiten Entwurf nicht mit einem Wort, ebensowenig die übrigen Redaktoren.

„Man hat über die Frage schon einmal debattiert", sagt Zeiller; das kann sich nur auf den ersten Entwurf beziehen, denn im zweiten Entwurf wurde ja bekanntlich über diese Frage nicht debattiert!

Auch argumentiert Zeiller in seiner Bekämpfung des Scheppl'schen Antrages keineswegs so, wie es am einfachsten und sichersten gewesen wäre, wenn der zweite Entwurf wirklich etwas anderes verordnet hätte als der erste, in welchem Falle Zeiller zweifellos so gesprochen hätte; kein Geldgläubiger darf bei Verzug mehr verlangen als die Verzugszinsen; warum sollen wir den Darlehensgläubiger günstiger behandeln?"

So spricht Zeiller eben nicht, sondern er sagt nur, und das ist zugleich das einzige, halbwegs brauchbare Argument in seinen Gegenausführungen: man müsse den Darlehnsgläubiger deshalb anders behandeln als die übrigen Gläubiger, „weil, wenn man den Gläubigern den Schaden einzuklagen zugestehet, so wird fast bei jedem Darlehensgeschäft ein zweiter Prozeß entstehen und daher zu vielen weitläufigen Prozessen Anlaß geben werden."

Der wichtigste Beweis dafür aber, daß der zweite Entwurf den ersten in unserer Frage nicht abgeändert haben kann, ist der folgende:

Der Anlaß, daß im superrevidierten Entwurfe neuerlich über unsere Frage debattiert wurde, war die Beschwerde des Böhmischen Apellationsgerichtes, daß mit dem § 298 der allgemeinen Gerichtsordnung Mißbrauch getrieben würde, und „die meisten Schuldsachen durch Erstreckungen, Wiedereinsetzungen, nichtige Appellationen, Revisionen und derlei Umtriebe durch Jahre verzögert werden."

Nun spricht dieser § 298 der allgemeinen Gerichtsordnung von der Exekution im allgemeinen, nicht bloß von der Exekution auf Grund einer Darlehensforderung. Infolgedessen werden durch den Mißbrauch dieses § nicht bloß Darlehensgläubiger geschädigt, und es wäre Sache der Gesetzgebung gewesen, hier den Gläubigern im allgemeinen zu helfen.

Trotzdem aber wird in der Sitzung vom 22. von Scheppl nicht eine allgemeine diesbezügliche Gesetzesbestimmung angeregt, sondern er sagt ausdrücklich, daß nur die Darlehnsgläubiger auf einen speziellen Schutz durch eine besondere Gesetzesbestimmung angewiesen sind, um den durch Mißbrauch des § 298 ihnen erwachsenden Schaden hin anzuhalten: Infolge des Mißbrauches des § 298 komme es, daß „die Geldgeber Geld überhaupt nicht mehr hergeben wollen", sagt Scheppl.

Nun ist es doch etwas außerordentlich auffallendes, daß, wenn alle Gläubiger, insbesondere alle Geldgläubiger durch mißbräuchliche Hinausschiebung der Exekution Schaden erleiden, gerade nur den Darlehensgläubigern durch eine besondere Gesetzesbestimmung geholfen werden soll!

Die Bestimmung aber, die Scheppl vorschlägt, und noch mehr ihre Begründung verbreiten in diesem Dunkel auf einmal helles Licht.

Sein Vorschlag geht nämlich dahin, dem Darlehnsgläubiger hinfort die Einklagung des ganzen, ihm durch jene Verzögerungen zugefügten Schadens zu gestatten, „da er (nach bestehendem Recht) nur die gesetzlichen Zinsen und nicht einmal die Zinseszinsen bekomme."

Daraus ergibt sich mit logischer Notwendigkeit der Unterschied in der Lage des Darlehensgläubigers einerseits und aller übrigen Gläubiger andererseits, wenn es sich um die Schadenersatzforderung bei verzögerter Geldzahlung handelt und der Grund, warum bei dieser Gelegenheit nur der Darlehensgläubiger gedacht wurde.

Alle anderen Gläubiger, insbesondere auch alle anderen Geldgläubiger können den Ersatz des ganzen ihnen aus der Verzögerung (§ 298 Allg. GerOrd.) erwachsenden Schadens verlangen; einzig der Darlehensgläubiger kann das auf Grund des geltenden Rechtes noch nicht, er braucht vielmehr eine besondere Gesetzesbestimmung. . . . . und das ist doch gerade der Standpunkt des ersten Entwurfes.

„Der mit der Entrichtung des Meistbotes säumige Ersteher haftet für den Ausfall am Meistbot, der sich bei der Wiederversteigerung ergibt, für die Kosten der Wiederversteigerung, und für alle sonst durch seine Saumsal verursachte Schäden . . . . .“

Der sonst nötige Schluß einer Arbeit, die sich mit einer praktischen Frage beschäftigt, nämlich die Übersicht über die Spruchpraxis der Gerichte muß hier auf ein Minimum eingeschränkt werden. Denn 1. ist dieser Punkt von doch zu lokalem Interesse, 2. aber fehlt es an irgend einer vollkommen passenden Entscheidung, aus der man, sei es die eine, sei es die andere Meinung absolut sicher unterstützen könnte; unser oberster Gerichtshof hat nie Gelegenheit gehabt, sich mit unserer Frage ex professo zu beschäftigen.

Auch die sonst so oft zitierte Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 16. II. 1873 Nr. 4891: „Bei Verzögerung einer in Gold bedungenen Zahlung ist auch die Kursdifferenz mitzubezahlen“, die nach allgemeiner Meinung für die hier vertretene Ansicht zu sprechen scheint, ist nicht zutreffend. Denn da wir zu jener Zeit noch keine Goldwährung besaßen, war das Goldgeld nicht als Geld sondern als Ware zu betrachten, daher § 1333 überhaupt nicht anwendbar; die Zusprechung eines die Verzugszinsen übersteigenden Schadens folgt daher aus dem allgemeinen § 1324 und nicht aus § 1333.

Wenn wir uns also direkt zwar auf keine Entscheidung des obersten Gerichtshofes berufen können, um unsere teoretische Ansicht aus der Praxis zu unterstützen, so folgt doch aus einigen, hier nicht weiter wörtlich zu zitierenden Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, welcher Ansicht er eigentlich über den Charakter der Verzugszinsen ist.

In einigen Entscheidungen weist nämlich der oberste Gerichtshof den Anspruch auf Verzugszinsen deshalb ab, weil „der Schade anderweitig gutgemacht sei.“ Daraus folgt wohl, daß nach Ansicht des obersten Gerichtshofes die Verzugszinsen nicht allgemein und immer eintreten müssen, wenn Verzug vorhanden ist, sondern daß sie nur subsidiär den durch Verzug entstundenen Schaden ersetzen sollen, nämlich dann, wenn der Schaden auf andere Weise nicht gut gemacht werden kann. Sie haben daher keinen exklusiven Charakter, sondern in erster Linie muß der wirkliche Schaden vergütet werden; nur wenn der Gläubiger diesen nicht nachweisen kann oder will, mag er sich ganz einfach auf die Verzugszinsen berufen und diese einfordern.

Dieser Zweck der Verzugszinsen, die Beweislast zu verschieben, ist nicht nur schon in der römischen und gemeinrechtlichen Literatur oft betont worden, auch unser BGB. hat ihn beibehalten, was schon aus dem ersten Kommentar unseres BGB., dem Zeillers, mit großer Deutlichkeit hervorgeht.*)

Diese Ansicht von dem Zweck der Verzugszinsen ist aber auch bei den heutigen österreichischen Schriftstellern ziemlich allgemein verbreitet, und es ist deshalb ein Widerspruch, wenn so viele Schriftsteller diesen von ihnen selbst zugegebenen Zweck der Verzugszinsen ganz abändern und den Schadenersatz durch Verzugszinsen von einem subsidiären, von dem der Gläubiger jederzeit wieder abgehen kann, wenn er nur die Beweislast des wirklich erlittenen Schaden auf sich nehmen will, zu einem ausschließlichen stempeln wollen.

Zu was für unangenehmen Konsequenzen das führt, zeigt das Beispiel des verzinslichen Darlehens:

Dabei müssen wir nämlich zwei Fälle unterscheiden: 1. Der vereinbarte Zinsfuß sei niedriger als der gesetzliche: hier ist es klar, daß bei Verzug der Gläubiger den höheren Zinsfuß in Anwendung bringen kann, und zwar unter jeder Bedingung, nämlich sowohl dann, wenn man der Ansicht ist, die Verzugszinsen bedeuten das Maximum des Schadenersatzes als auch dann, wenn man der gegenteiligen oben vertretenen Ansicht ist, daß die Verzugszinsen nur subsidiären Charakter tragen. Dieses Recht des Gläubigers die höheren gesetzlichen Zinsen zu verlangen, folgt ja aus ersterer Ansicht eo piso, sie ist sogar die einzig mögliche.

Aber auch aus der zweiten Ansicht läßt sich dieses Recht des Gläubigers begründen; er braucht nämlich nur zu sagen, ich kann oder will meinen wirklichen Schaden nicht beweisen, daher stütze ich mich auf § 1333 und verlange Verzugszinsen. Natürlich ist es jetzt ein Gebot der Gerechtigkeit, dem Schuldner seinerseits zu gestatten, den Beweis zu erbringen, daß dem Gläubiger kein solcher die Vertragszinsen übersteigender Schaden erwachsen ist. (s. o.)

Daher ist in dieser Allgemeinheit unrichtig, die Entscheidung unseres obersten Gerichtshofes vom 6. 12. 1881 Nr. 9773: „vom Beginn der mora an sind die gesetzlichen, nicht die verabredeten Zinsen zu zahlen.“

Schwieriger ist der zweite Fall, nämlich wenn der vereinbarte Zinsfuß höher ist als der gesetzliche; nach unserer Ansicht ist es leicht, auch in diesem Falle dem Gläubiger bei Verzug die Geltendmachung der höheren Zinsen zu gestatten: nur muß er diesen die Verzugszinsen übersteigenden Schaden nachweisen, was hier höchst einfach ist, da ihm doch die höheren Vertragszinsen nicht bloß bis zum vereinbarten Zahlungstermin, sondern bis zur wirklichen Zahlung gebühren.

*) Band 32 S. 768, 2. Absatz: „Zur Bestimmung dieses Schades bedarf es keiner Schätzung: sie wird schon vom Gesetz durch sogenannte gesetzliche oder Verzögerungszinsen ausgesprochen . . .“

Daß dies die einzig richtige und gerechte Lösung ist, erkennen auch die Vertreter der Gegenmeinung an; auch sie gewähren die höheren Zinsen. Aber die Begründung, mit der sie aus der unangenehmen Zwickmühle herauszukommen trachten, nämlich daß nach ihrer Ansicht einerseits die Verzugszinsen das absolute Maximum des Schadenersatzes sein sollen, andererseits in dem jetzt besprochenen Falle des verzinslichen Darlehens doch dem Gläubiger mehr als die Verzugszinsen gewährt wird, ist eine geradezu unmögliche und beweist aufs deutlichste die Unhaltbarkeit ihrer Ansicht.

Statt aller anderen Ausführungen zitiere ich Stubenrauch (Kommentar II. ex 1906 S. 727), eines der Vertreter dieser Ansicht; dort heißt es: „Weil der Gläubiger durch Stipulierung dieser höheren Zinsen zu erkennen gegeben hat, daß er sein Kapital nicht um einen geringeren Preis ausleihen wollte und wirklich einen solchen Gewinn aus der Verwendung desselben zu erzielen imstande sei, so muß ihm dessen Entziehung denn auch vollständig vergütet werden."

Hat denn Stubenrauch nicht gemerkt, daß er mit einer solchen Begründung sich und seiner Meinung geradezu einen Todesstoß versetzt?

Wenn er zuerst behauptet, der Gläubiger dürfe nie mehr als Verzugszinsen verlangen, wie kann er ihm jetzt auf einmal „seinen wirklich zu erzielenden Gewinn" vollständig ersetzen wollen?

Damit hat Stubenrauch doch geradezu seinen früheren Standpunkt aufgegeben und sich auf den hier vertretenen gestellt, auch bei Geldschulden sei damnum und lucrum zu ersetzen!

Zum Schlusse will ich noch auf folgendes Kuriosum hinweisen: Schey behauptet in einer seiner Schriften (Obligationenverhältnisse § 43 Anm. 15):

Wenn A bei B eine Summe Geld als Depositum irregulare hinterlegt hat, so sei B im Falle des Verzuges in der Rückzahlung verpflichtet, dem A den ganzen Schaden und Gewinn zu ersetzen; wenn A aber dem B das Geld geliehen oder als Depositum regulare gegeben hat, dann könne A nur die Verzugszinsen verlangen.

Ohne auf die Begründung einzugehen, die Schey für diese Behauptung gibt, will ich nur auf das Resultat derselben hinweisen: Bei dem auch heute noch im wesentlichen zu Gunsten des Deponenten geschlossenen Depositum irregulare muß B dem A den ganzen Schaden ersetzen während im Falle des zu Gunsten des B geschlossenen Darlehens dieser nur die Verzugszinsen zu entrichten hat!

An der offensichtlichen Ungerechtigkeit und Widersinnigkeit dieses Resultates kann auch die Tatsache nichts ändern, daß das Depositum als ein auf besonderem Vertrauen fußender Kontrakt auch besonderen Schutzes bedarf.

Die Römer haben diesen Charakter des Depositums in außerordentlich feiner Weise durch die infamirende Wirkung der actio depositi zu wahren gewußt; heute ist dieser Schutz nicht mehr verfügbar. Aber dafür steht uns ein anderes, auch mit öffentlichrechtlicher Wirkung ausgestattetes Mittel zu Gebote, das an die Stelle der Infamie getreten ist: Die strafrechtliche Unterschlagungsklage.

Nur auf diese Weise kann und soll das Vertrauensprinzip des Depositums gewahrt werden; den schon von den Römern so treffend auf öffentlichrechtlichem Gebiete statuirten Schutz des Depositums auf privatrechtliches Gebiet hinüberzuleiten, mag vielleicht wirtschaftlich aber nicht juristisch zu billigen sein.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

1) Werden Waren, unter Vorbehalt des Eigentums des Verkäufers bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises, verkauft, so ist der Vertrag vom Verkäufer so lange nicht erfüllt, als das Eigentum mangels vollständiger Bezahlung des Kaufpreises bei ihm verblieben ist. Der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Käufers kann daher, solange der Eigentumsvorbehalt in Kraft steht, auf Grund des § 17 KO. Erfüllung des Kaufvertrages ablehnen. 2) Im Falle der Nr. 1 ist gegenüber der zuerst angestellten Kaufpreisklage die nachher erhobene Entschädigungsklage des Verkäufers gegen den Konkursverwalter wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages eine andere Klage. § 268 Nr. 3 ZPO. findet keine Anwendung.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 20. Okt. 1906. 141. 06.

Der Kläger hatte mit einem Schuhmacher K. einen „Kommissionsvertrag" abgeschlossen, wonach er diesem auf die Dauer von drei Jahren Schuhwaren „in Kommission" gab und sich hierauf das Eigentumsrecht vorbehielt, solange die Ware nicht vollständig bezahlt sei. Nach Ablauf von drei Jahren sollte K. verpflichtet sein, die alsdann noch nicht verkauften Waren auf feste Rechnung zu übernehmen. Die Nichteinhaltung einer der Vertragsbedingungen sollte zur sofortigen Auflösung des Vertrags berechtigen, in welchem Falle die bezüglich seines Ablaufs vereinbarten Bedingungen in Kraft zu treten hatten. K. verstarb mit Hinterlassung von

Frau und Kindern vor Ablauf der drei Jahre. Die Witwe erklärte, daß sie das Geschäft nicht weiter führen werde. Der Kläger nahm hierauf gegenüber dem auf Antrag der Witwe und des Vormundes der Kinder bestellten Nachlaßverwalter und später, als über den Nachlaß der Konkurs eröffnet worden war, dem Konkursverwalter gegenüber den Standpunkt ein, daß nunmehr entsprechend der für den Ablauf des Vertrages getroffenen Bestimmung die noch vorhandenen Waren auf feste Rechnung zu übernehmen seien. Er meldete darauf die von ihm berechnete „Kaufpreisforderung" im Konkursverfahren an. Der Konkurverwalter erklärte, daß er auf Grund des § 17 der KO. die Erfüllung des Kommissionsvertrages ablehne und forderte den Kläger zur Zurücknahme der noch vorhandenen Kommissionsware auf. Die angemeldete Forderung erkannte er nur bezüglich der verkauften Waren an. Die Klage, die aus diesem Anlaß der Kläger auf Feststellung seiner streitig gebliebenen Forderung gegen den Konkursverwalter erhob, wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Das OLG. erwägt, der Betrag der streitigen Forderung des Kläger entspreche dem Fakturawert der von ihm dem verstorbenen K. zugesandten, beim Konkursausbruch noch vorhandenen Waren. Die Forderung werde von dem Kläger als Kaufpreisforderung aus Verkauf von Schuhwaren beansprucht, während Beklagter behaupte, daß der Vertrag vom 28. Mai 1902 ein Kommissionsvertrag sei, und Kläger daher keinen anderen Anspruch habe als den auf Rückgabe der Ware, welche ihm vom Konkursverwalter längst angeboten sei. Wäre die Auffassung des Beklagten richtig, so wäre der Anspruch des Klägers ohne weiteres unbegründet. Aber selbst wenn derselbe sich als Kaufpreisforderung charakterisiere, sei die Klage abzuweisen, da ein Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises nicht mehr existiere, nachdem der Konkursverwalter mit Schreiben vom 1. Februar 1905 die Erfüllung des Vertrags abgelehnt habe. Dazu sei er nach § 17 Abs. 1 der KO. berechtigt gewesen, da der Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens weder von dem Käufer noch von dem Verkäufer vollständig erfüllt war. Insbesondere habe der Kläger, welcher sich bis zur Bezahlung des Preises der Schuhwaren das Eigentum an denselben vorbehalten hatte, seine Verpflichtung, dem Käufer Eigentum zu verschaffen, noch nicht erfüllt; vgl. §§ 433, 455, 158 Abs. 1 des BGB.

Diese Erwägungen des OLG. lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Was die Revision gegen sie geltend macht, erscheint nicht stichhaltig. Sie rügt Verletzung der §§ 139, 146 und des § 17 der KO. Die Identität des Grundes der angemeldeten Forderung mit dem des eingeklagten Anspruchs komme nur insoweit als Erfordernis in Betracht, als Kläger nicht zugleich Absonderungsrechte geltend mache. Es sei aber überhaupt unrichtig, daß der Entschädigungsanspruch, welcher dem Kläger wegen Kündigung des Vertrags durch den Konkursverwalter zustehe, etwas anderes sei als der Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises. Überdies treffe § 17 im vorliegenden Falle nicht zu. Denn der Vertrag sei von dem Kläger vollständig erfüllt, so wie er ihn zu erfüllen sich verpflichtet habe.

Zu den Hauptverpflichtungen des Verkäufers gehört nach § 433 des BGB. die Pflicht, dem Käufer die verkaufte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen. Die letztere Verpflichtung war, wie das OLG. zutreffend ausführt, nach dem Vertrag vom 28. Mai 1902 suspendiert bis zur Bezahlung des Preises der Schuhwaren. Allerdings wird die Ansicht vertreten, daß beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt der Verkäufer, wenn er die Sache übergeben hat, nichts weiter zu gewähren habe; denn der Eigentumserwerb hänge in diesem Falle nur noch vom Käufer ab.

Vgl. Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar zur KO. VI. Aufl. § 17 Anm. 4 Abs. 2.

Allein der Umstand, daß der Eintritt der Bedingung für die Eigentumsverschaffung von dem Käufer abhängt, läßt die in Frage stehende Verpflichtung des Verkäufers unberührt. Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muß in dem Momente vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Vorher findet nach dem Vertrag die Eigentumsübertragung überhaupt nicht statt. Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht auch seine obligatorische Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, aus dem Kaufvertrag als eine noch nicht erfüllte fort.

Vgl. Jaeger, KO. II. Aufl. § 17 Anm. 11, Sarwey-Bossert, KO. IV. Aufl. § 17 Anm. 2.

Hiernach hat das OLG. mit Recht den § 17 der KO. für anwendbar erachtet. Es hat auch die richtigen Konsequenzen aus seiner Anwendung gezogen.

Lehnt der Konkursverwalter in zulässiger Weise die Erfüllung des Vertrags ab, so hat der Verkäufer nicht mehr den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung. Er hat nur noch einen Anspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrags.

Vgl. RGZ. 22, 111.

Allerdings hat sowohl dieser Anspruch als die Kaufpreisklage seinen Grund in dem Kaufvertrag. Aber mit der Entschädigungsklage wegen Nichterfüllung des Vertrags wird nicht lediglich statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung das Surrogat desselben oder das Interesse gefordert. Vielmehr

Daß dies die einzig richtige und gerechte Lösung ist, erkennen auch die Vertreter der Gegenmeinung an; auch sie gewähren die höheren Zinsen. Aber die Begründung, mit der sie aus der unangenehmen Zwickmühle herauszukommen trachten, nämlich daß nach ihrer Ansicht einerseits die Verzugszinsen das absolute Maximum des Schadenersatzes sein sollen, andererseits in dem jetzt besprochenen Falle des verzinslichen Darlehens doch dem Gläubiger mehr als die Verzugszinsen gewährt wird, ist eine geradezu unmögliche und beweist aufs deutlichste die Unhaltbarkeit ihrer Ansicht.

Statt aller anderen Ausführungen zitiere ich Stubenrauch (Kommentar II. ex 1906 S. 727), eines der Vertreter dieser Ansicht; dort heißt es: „Weil der Gläubiger durch Stipulierung dieser höheren Zinsen zu erkennen gegeben hat, daß er sein Kapital nicht um einen geringeren Preis ausleihen wollte und wirklich einen solchen Gewinn aus der Verwendung desselben zu erzielen imstande sei, so muß ihm dessen Entziehung denn auch vollständig vergütet werden."

Hat denn Stubenrauch nicht gemerkt, daß er mit einer solchen Begründung sich und seiner Meinung geradezu einen Todesstoß versetzt?

Wenn er zuerst behauptet, der Gläubiger dürfe nie mehr als Verzugszinsen verlangen, wie kann er ihm jetzt auf einmal „seinen wirklich zu erzielenden Gewinn" vollständig ersetzen wollen?

Damit hat Stubenrauch doch geradezu seinen früheren Standpunkt aufgegeben und sich auf den hier vertretenen gestellt, auch bei Geldschulden sei damnum und lucrum zu ersetzen!

Zum Schlusse will ich noch auf folgendes Kuriosum hinweisen: Schey behauptet in einer seiner Schriften (Obligationenverhältnisse § 43 Anm. 15):

Wenn A bei B eine Summe Geld als Depositum irregulare hinterlegt hat, so sei B im Falle des Verzuges in der Rückzahlung verpflichtet, dem A den ganzen Schaden und Gewinn zu ersetzen; wenn A aber dem B das Geld geliehen oder als Depositum regulare gegeben hat, dann könne A nur die Verzugszinsen verlangen.

Ohne auf die Begründung einzugehen, die Schey für diese Behauptung gibt, will ich nur auf das Resultat derselben hinweisen: Bei dem auch heute noch im wesentlichen zu Gunsten des Deponenten geschlossenen Depositum irregulare muß B dem A den ganzen Schaden ersetzen während im Falle des zu Gunsten des B geschlossenen Darlehens dieser nur die Verzugszinsen zu entrichten hat!

An der offensichtlichen Ungerechtigkeit und Widersinnigkeit dieses Resultates kann auch die Tatsache nichts ändern, daß das Depositum als ein auf besonderem Vertrauen fußender Kontrakt auch besonderen Schutzes bedarf.

Die Römer haben diesen Charakter des Depositums in außerordentlich feiner Weise durch die infamirende Wirkung der actio depositi zu wahren gewußt: heute ist dieser Schutz nicht mehr verfügbar. Aber dafür steht uns ein anderes, auch mit öffentlichrechtlicher Wirkung ausgestattetes Mittel zu Gebote, das an die Stelle der Infamie getreten ist: Die strafrechtliche Unterschlagungsklage.

Nur auf diese Weise kann und soll das Vertrauensprinzip des Depositums gewahrt werden; den schon von den Römern so treffend auf öffentlichrechtlichem Gebiete statuirten Schutz des Depositums auf privatrechtliches Gebiet hinüberzuleiten, mag vielleicht wirtschaftlich aber nicht juristisch zu billigen sein.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

1) Werden Waren, unter Vorbehalt des Eigentums des Verkäufers bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises, verkauft, so ist der Vertrag vom Verkäufer so lange nicht erfüllt, als das Eigentum mangels vollständiger Bezahlung des Kaufpreises bei ihm verblieben ist. Der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Käufers kann daher, solange der Eigentumsvorbehalt in Kraft steht, auf Grund des § 17 KO. Erfüllung des Kaufvertrages ablehnen. 2) Im Falle der Nr. 1 ist gegenüber der zuerst angestellten Kaufpreisklage die nachher erhobene Entschädigungsklage des Verkäufers gegen den Konkursverwalter wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages eine andere Klage. § 268 Nr. 3 ZPO. findet keine Anwendung.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 20. Okt. 1906. 141. 06.

Der Kläger hatte mit einem Schuhmacher K. einen „Kommissionsvertrag" abgeschlossen, wonach er diesem auf die Dauer von drei Jahren Schuhwaren „in Kommission" gab und sich hierauf das Eigentumsrecht vorbehielt, solange die Ware nicht vollständig bezahlt sei. Nach Ablauf von drei Jahren sollte K. verpflichtet sein, die alsdann noch nicht verkauften Waren auf feste Rechnung zu übernehmen. Die Nichteinhaltung einer der Vertragsbedingungen sollte zur sofortigen Auflösung des Vertrags berechtigen, in welchem Falle die bezüglich seines Ablaufs vereinbarten Bedingungen in Kraft zu treten hatten. K. verstarb mit Hinterlassung von

Frau und Kindern vor Ablauf der drei Jahre. Die Witwe erklärte, daß sie das Geschäft nicht weiter führen werde. Der Kläger nahm hierauf gegenüber dem auf Antrag der Witwe und des Vormundes der Kinder bestellten Nachlaßverwalter und später, als über den Nachlaß der Konkurs eröffnet worden war, dem Konkursverwalter gegenüber den Standpunkt ein, daß nunmehr entsprechend der für den Ablauf des Vertrages getroffenen Bestimmung die noch vorhandenen Waren auf feste Rechnung zu übernehmen seien. Er meldete darauf die von ihm berechnete „Kaufpreisforderung" im Konkursverfahren an. Der Konkurverwalter erklärte, daß er auf Grund des § 17 der KO. die Erfüllung des Kommissionsvertrages ablehne und forderte den Kläger zur Zurücknahme der noch vorhandenen Kommissionsware auf. Die angemeldete Forderung erkannte er nur bezüglich der verkauften Waren an. Die Klage, die aus diesem Anlaß der Kläger auf Feststellung seiner streitig gebliebenen Forderung gegen den Konkursverwalter erhob, wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Das OLG. erwägt, der Betrag der streitigen Forderung des Kläger entspreche dem Fakturawert der von ihm dem verstorbenen K. zugesandten, beim Konkursausbruch noch vorhandenen Waren. Die Forderung werde von dem Kläger als Kaufpreisforderung aus Verkauf von Schuhwaren beansprucht, während Beklagter behaupte, daß der Vertrag vom 28. Mai 1902 ein Kommissionsvertrag sei, und Kläger daher keinen anderen Anspruch habe als den auf Rückgabe der Ware, welche ihm vom Konkursverwalter längst angeboten sei. Wäre die Auffassung des Beklagten richtig, so wäre der Anspruch des Klägers ohne weiteres unbegründet. Aber selbst wenn derselbe sich als Kaufpreisforderung charakterisiere, sei die Klage abzuweisen, da ein Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises nicht mehr existiere, nachdem der Konkursverwalter mit Schreiben vom 1. Februar 1905 die Erfüllung des Vertrags abgelehnt habe. Dazu sei er nach § 17 Abs. 1 der KO. berechtigt gewesen, da der Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens weder von dem Käufer noch von dem Verkäufer vollständig erfüllt war. Insbesondere habe der Kläger, welcher sich bis zur Bezahlung des Preises der Schuhwaren das Eigentum an denselben vorbehalten hatte, seine Verpflichtung, dem Käufer Eigentum zu verschaffen, noch nicht erfüllt; vgl. §§ 433, 455, 158 Abs. 1 des BGB.

Diese Erwägungen des OLG. lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Was die Revision gegen sie geltend macht, erscheint nicht stichhaltig. Sie rügt Verletzung der §§ 139, 146 und des § 17 der KO. Die Identität des Grundes der angemeldeten Forderung mit dem des eingeklagten Anspruchs komme nur insoweit als Erfordernis in Betracht, als Kläger nicht zugleich Absonderungsrechte geltend mache. Es sei aber überhaupt unrichtig, daß der Entschädigungsanspruch, welcher dem Kläger wegen Kündigung des Vertrags durch den Konkursverwalter zustehe, etwas anderes sei als der Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises. Überdies treffe § 17 im vorliegenden Falle nicht zu. Denn der Vertrag sei von dem Kläger vollständig erfüllt, so wie er ihn zu erfüllen sich verpflichtet habe.

Zu den Hauptverpflichtungen des Verkäufers gehört nach § 433 des BGB. die Pflicht, dem Käufer die verkaufte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen. Die letztere Verpflichtung war, wie das OLG. zutreffend ausführt, nach dem Vertrag vom 28. Mai 1902 suspendiert bis zur Bezahlung des Preises der Schuhwaren. Allerdings wird die Ansicht vertreten, daß beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt der Verkäufer, wenn er die Sache übergeben hat, nichts weiter zu gewähren habe; denn der Eigentumserwerb hänge in diesem Falle nur noch vom Käufer ab.

Vgl. Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar zur KO. VI. Aufl. § 17 Anm. 4 Abs. 2.

Allein der Umstand, daß der Eintritt der Bedingung für die Eigentumsverschaffung von dem Käufer abhängt, läßt die in Frage stehende Verpflichtung des Verkäufers unberührt. Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muß in dem Momente vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Vorher findet nach dem Vertrag die Eigentumsübertragung überhaupt nicht statt. Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht auch seine obligatorische Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, aus dem Kaufvertrag als eine noch nicht erfüllte fort.

Vgl. Jaeger, KO. II. Aufl. § 17 Anm. 11, Sarwey-Bossert, KO. IV. Aufl. § 17 Anm. 2.

Hiernach hat das OLG. mit Recht den § 17 der KO. für anwendbar erachtet. Es hat auch die richtigen Konsequenzen aus seiner Anwendung gezogen.

Lehnt der Konkursverwalter in zulässiger Weise die Erfüllung des Vertrags ab, so hat der Verkäufer nicht mehr den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung. Er hat nur noch einen Anspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrags.

Vgl. RGZ. 22, 111.

Allerdings hat sowohl dieser Anspruch als die Kaufpreisklage seinen Grund in dem Kaufvertrag. Aber mit der Entschädigungsklage wegen Nichterfüllung des Vertrags wird nicht lediglich statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung das Surrogat desselben oder das Interesse gefordert. Vielmehr

beruht die Schadensersatzklage auf einem anderen rechtlichen Tatbestand als die Kaufpreisklage und verfolgt auch ein anderes Objekt als diese. § 268 Nr. 3 ZPO. kann daher hier keine Anwendung finden.

Vgl. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des des deutschen Rechts 33, 1164; 41, 1126; 42, 1015; JW. 1897 53 Nr. 14.

Die dargestellten Grundsätze gelten in gleicher Weise für denjenigen Teil des Klageanspruchs, für welchen ein Absonderungsrecht geltend gemacht, wie für den überschießenden. Der Anspruch ist lediglich als Kaufpreisforderung erhoben. Ein solcher Anspruch besteht aber für den Kläger nicht mehr, nachdem der Konkursverwalter rechtswirksam die Erfüllung des Vertrags abgelehnt hat. Es kann daher auch von einer Verletzung der §§ 139, 146 der KO. keine Rede sein.

Kleine Mitteilungen.

Änderungen in der französischen Aktiengesetzgebung. In der französischen Deputiertenkammer ist der in der Kommissionssitzung vom Deputierten Aynard am 27. Februar gestellte Antrag angenommen worden, wonach die von einer Aktiengesellschaft zu emittierenden parts de fondateurs oder parts bénéficiaires erst nach Ablauf von zwei Jahren nach der Gründung der Gesellschaft in den Verkehr gebracht werden dürfen. Der Antrag stützt sich vornehmlich darauf, daß diese Gründeranteilscheine, welche sich die Gründer als Entschädigung für ihre Bemühungen bei der Begründung des Gesellschaftsunternehmens oder als teilweise eventuell weitere Entschädigung ihrer dem Aktienvereine überlassenen Apports ausbedingen, nach der Rechtsanschauung des Tribunal de la Seine Aktien sui generis repräsentieren. Sie sind als solche zu definieren, trotzdem sie keinen Nominalanteil am Aktienkapitale besitzen und meistenteils nicht zur Teilnahme an der Generalversammlung berechtigen; diese Titres repräsentieren weder Gläubigerurkunden noch Obligationen, trotzdem sie eine gewisse Quantität von Benefizien beinhalten, und zwar, daß ihnen ein Vorzugsrecht an den Erträgnissen oder nach der Beteiligung der Stamm- und Prioritätsaktien eine Quote am Gesellschaftsgewinn zukommt. M.

Literatur.

Eingänge.

Frank, Dr. Hermann, Breslau. Perspektiven des neuzeitlichen Welthandels in ethischer Beleuchtung Nord- und Süd, 30. Jahrgang. Breslau 1907. Schlesische Buchdruckerei, Kunst- und Verlagsanstalt von S. Schottländer.

Handelskammer zu Breslau. Jahresbericht für das Jahr 1906. Breslau 1907.

Makower, F., Rechtsanwalt. Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower. 13. Auflage, 2. Band, Buch III. Handelsgeschäfte. Berlin 1907. J. Guttentags Verlagsbuchhandlung G. m. b. H.

Pavlicek, Dr. Anton, Advokat. Über die Haftung für den unverschuldeten Schaden, eine zivilrechtliche Studie mit Reformvorschlägen. Wien 1907. Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung I. Kohlmarkt 20.

Weißler, Adolf, Rechtsanwalt und Notar in Halle a. S. Reichs-Archiv, Sammlung des gesamten Reichsrechts in seiner heute gültigen Gestalt. Zweite Lieferung. Leipzig 1907. Verlag von E. E. M. Pfeffer. Mk. 2.—

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43 44.

In meinem Verlage erschien:

Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen

von **Richard Maatz**

Regierungsrat, Vorsitzender der Einkommensteuer-Veranlagungskommission des Stadtkreises Altona.

Vierte Auflage.

Preis 6 M., gebunden 7 M.

Allein das Erscheinen in vierter Auflage beweist, welchen Beifall sich das Buch in Kaufmannskreisen erworben hat. Es stellt sich keineswegs in die Reihe der zahlreichen Buchführungslehrbücher, sondern es greift eine, von diesen meist nur Unterrichtszwecken dienenden Werken nicht erörterte, für die Kaufmannswelt aber besonders wichtige Frage heraus, nämlich wie die kaufmännischen Bilanzen für die Steuerzwecke behandelt werden müssen. Nicht also an den jungen Lehrling, sondern an den Kreis der selbständigen Kaufleute wendet sich das Buch, das in seiner vierten Auflage allen Neuerungen und Fortschritten der Rechtslehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung gefolgt ist.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat **Dr. Paul Holdheim.**
Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 5. **Berlin, Sonnabend 11. Mai 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30. Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906 (Preuß. Stempelgesetz vom 21. Juli 1895). Bearbeitet von Reichsgerichtsrat Meyn. — Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht. Von Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin. — Entscheidungen des Reichsgerichts: Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. — Wechselrecht: Aussteller eines Wechsels. — Wechselrecht, Domizilwechsel, Befugnis des Empfängers eines Wechselblanketts auch nach dessen Ausfüllung und Begebung das Einverständnis zu einem nachträglich beigefügten Domizilvermerk zu erklären. — Wechselrecht: Hingabe eines Wechsels zur Sicherung. — Aktiengesellschaften, Scheinübernahme. — Übergang der Rechte aus einer Konkurrenzklausel. — Literatur.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Preußisches Stempelgesetz vom 21. Juli 1895.

A. Gesetzestext.

Nr. 1. § 1 (**Urkunde als Gegenstand der Besteuerung.**) Urkunde im Sinne des Stempelgesetzes ist nur die unterschriftlich vollzogene Erklärung (§ 1 Abs. 2). Der Aufdruck auf Briefbogen, die eine urkundliche Erklärung enthalten, (wie die auf den Briefbogen der Kaufleute und Fabrikanten übliche Angabe der Firma und des Geschäfts „Weinhandlung, Weberei" usw.) liegt außerhalb der eigentlichen Urkunde.

Urt. des VII. ZivSen. vom 10. März 1905. 363. 04.

S. die näheren Ausführungen des Urteils bei Tarifst. 58 II (Kaufmännische Verpflichtungsscheine).

* * *

Nr. 2. § 2 (**Stempelpflicht der im Stempelauslande errichteten Urkunden über Geschäfte, die im Stempelinlande zu erfüllen sind**). Nach § 16 f ist der Gebrauch solcher Urkunden im Stempelinlande*) ein wesentliches Merkmal des stempelpflichtigen Tatbestandes.

Urt. des VII. ZivSen. vom 4. April 1905. 412. 04.

*) Inland im Sinne des StempG. ist das Gebiet des preuß. Staates mit Ausnahme von Hohenzollern und Helgoland. Urt. des VII. ZivSen. vom 1. 5. 06. 398. 05.

Nr. 3. § 2 (**Stempelpflicht der im Stempelauslande errichteten Urkunden über Geschäfte, die im Inlande zu erfüllen sind**). Stempelpflicht der im Stempelauslande ausgestellten Vollmachten über Geschäfte, die im Stempelinlande zu erfüllen sind.

Urt. des VII. ZivSen. vom 23. Oktober 1906 625. 05.

Hamburger Banken hatten nach Inkrafttreten des BGB. zu ihrer Vertretung in den Generalversammlungen einer in Tsingtau ansässigen deutschen Aktiengesellschaft, die in Berlin eine Zweigniederlassung hat, in Berlin wohnende Bevollmächtigte bestellt. Die in Hamburg ausgestellten Vollmachten wurden, als sie gelegentlich einer Stempelrevision bei der Zweigniederlassung der Gesellschaft in Berlin vorgefunden wurden, mit je 1.50 Mk. Vollmachtstempel belegt. Die Klage der Aktiengesellschaft auf Rückzahlung der von ihr entrichteten Stempelbeträge wurde in allen Instanzen abgewiesen. Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Daß die Urkunden, um deren Versteuerung es sich handelt, Vollmachten im Sinne der Tarifst. 73 StempG. sind, ist unbestritten und unbestreitbar. Von den Vollmachten ist auch im Inlande, in Berlin, Gebrauch gemacht, ausgestellt sind sie aber in Hamburg, also im Stempelauslande. Die Frage, ob bei dieser Sachlage die Versteuerung der Urkunden geboten war, ist zu bejahen. Nach § 2 StempG., soweit er hier in Betracht kommt, unterliegen der Stempelsteuer „die im Auslande errichteten Urkunden über Geschäfte, welche im Inlande zu erfüllen sind." Nach § 16 lit. f muß die Versteuerung „der im Auslande errichteten Urkunden, von denen im Inlande Gebrauch gemacht werden soll," vor dem Gebrauch bewirkt werden. Die Vorinstanzen haben ihre, die Stempelpflicht bejahenden Entscheidungen im wesentlichen im Anschluß an das Urteil des Reichsgerichts vom 15. Nov. 1898

(Pr. JMBl. 1899, 119) begründet, in welchem ausgeführt ist, daß bei Anwendung des § 2 auf das Geschäft, hinsichtlich dessen die Vollmacht erteilt werde, gesehen werden müsse, die Stempelpflichtigkeit der Vollmachtsurkunde also dann gegeben sei, wenn dieses Geschäft im Inlande zu erfüllen sei. Die Revision bekämpft diese Auffassung in Anlehnung an Heinitz, Kommentar zum StempG., § 2 IV 2 lit. e, woselbst ausgeführt wird: Nach dem BGB. sei die Vollmacht ein einseitiges, selbständiges Rechtsgeschäft, bei dem der Begriff des Erfüllungsortes nicht anwendbar sei. Die Vollmacht erzeuge weder für den Bevollmächtigten noch für den Vollmachtgeber den Anspruch auf eine Leistung. Sie werde zwar meist auf einem Vertrage beruhen (Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag, Gesellschaft), müsse aber sowohl von diesem ihr zu Grunde liegenden Kausalgeschäfte, wie von dem auf Grund der erteilten Vertretungsmacht vom Bevollmächtigten ausgeführten Geschäfte scharf unterschieden werden. — Es mag nun zuzugeben sein, daß, wie das ALR., auf dessen Grundlage das Stempelsteuergesetz aufgebaut ist, Auftrag und Vollmacht als einheitliches Geschäft auffaßt — vergl. §§ 5 ff. I 13—, so auch die bisherige Rechtsprechung von dieser Auffassung beeinflußt war, während nach dem BGB. die Vollmacht als „abstraktes Geschäft" (Planck, BGB. § 167 Anm. 1 und 4) von dem ihr zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse zu scheiden ist. Beurkundet ist in den hier fraglichen fünf Urkunden nur die Vollmacht anderer Personen zur Vertretung der Aussteller in einer Generalversammlung, nicht ein Auftrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft. Dies zeigt sich besonders klar bei den drei von der Norddeutschen Bank ausgestellten Vollmachten, die nicht dem Bevollmächtigten, sondern der Klägerin gegenüber erklärt worden sind. Noch weniger kann natürlich davon die Reede sein, daß etwa das von dem Bevollmächtigten wahrzunehmende Geschäft das beurkundete Geschäft sei. Allein diese Erwägungen nötigen keineswegs zum Verlassen der herrschenden Rechtsprechung.

Der Rechtsirrtum, von dem die Revision beherrscht wird, liegt in der zu engen Auffassung des Begriffes der Erfüllung eines Geschäftes. Wenn bei Heinitz a. a. O. lit. d gesagt wird, einen Erfüllungsort haben nur solche Geschäfte, welche ein Schuldverhältnis begründen, d. h. den Gläubiger berechtigen, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, so ist allerdings zuzugeben, daß in diesem Sinne die Vollmacht nicht erfüllt werden kann. Wohl aber begründet auch die Vollmachtserteilung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten. Kraft dieses Verhältnisses ist der Bevollmächtigte zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, im Namen nnd mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen zu handeln. Dieses Recht kann ausgeübt, es kann davon Gebrauch gemacht, das in der Vollmachtserteilung liegende Rechtsgeschäft kann ausgeführt werden. Der Bevollmächtigte, der als solcher das wahrzunehmende Geschäft erfüllt, übt damit mit begrifflicher Notwendigkeit zugleich die ihm erteilte Vertretungsmacht aus, er führt dieses Rechtsverhältnis aus, er macht davon Gebrauch. Es liegt kein Grund vor, der es ausschlösse, die Ausübung einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht als „Erfüllung eines Geschäftes" im Sinne des § 2 StempG. aufzufassen. Erfüllung eines Geschäftes liegt auch vor, wenn der Erfüllende zur Vornahme nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist. Der Begriff der Erfüllung trägt keineswegs das Moment der Verpflichtung notwendig in sich; der Sprachgebrauch kennt auch Erfüllung von Bedingungen, Hoffnungen und Erwartungen. Daß der Begriff im Stempelsteuergesetze in dem weiteren Sinne zu verstehen ist, folgt daraus, daß das Gesetz eben auch Geschäfte für steuerpflichtig erklärt, die nur in dem erwähnten weiteren Sinn „erfüllbar" sind, wie gerade in Tarifst. 73 die Vollmachten. Für die gegenteilige Meinung kann auch nicht die Fassung der Worte: „Geschäfte, welche zu erfüllen sind," ins Feld geführt werden. Der Nachdruck ist auf die Wortverbindung „im Inlande zu erfüllen" zu legen. Es ist damit gesagt, daß der § 2 solche Geschäft treffen soll, welche, wenn sie überhaupt erfüllt werden, im Inlande erfüllt werden müssen, nicht aber, daß eine Erfüllungspflicht bestehen muß. Daß aber von den hier fraglichen Vollmachten, wenn überhaupt davon Gebrauch gemacht wurde, im Inlande Gebrauch zu machen war, ergibt sich ohne weiteres aus ihrem Inhalt. Insofern ist in dem Urteil des Reichsgerichts v. 15. Nov. 1898 mit Recht gesagt, es müsse auf das vom Bevollmächtigten wahrzunehmende Geschäft gesehen werden. Wie es sich verhält, wenn dieses letztere Geschäft an beliebigen Orten, im In- und Auslande, ausgeführt werden kann, oder wenn sich die Vollmacht auf mehrere oder alle Rechtsgeschäfte der Vertretenen erstreckt, kann hier unerörtert bleiben, da etwa mögliche Zweifel nach dieser Richtung jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht auftauchen können.

* * *

Nr. 4. § 3 (**Maßgeblichkeit des Inhalts einer Urkunde für deren Stempelpflichtigkeit**). Feststellung eines von dem Wortlaut abweichenden Sinnes der Urkunde.

Urt. des VII. ZivSen von 10. Jan. 1905. 263. 04.

Aus den Gründen des Urteils:

„Der Berufungsrichter verschließt sich nicht der Erkenntnis, daß auch bei Berücksichtigung der Bestimmung des Stempelgesetzes (§ 3 Abs. 1) wonach die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde nach ihrem Inhalt zu beurteilen ist, für die Feststellung dieses Inhalts der wirkliche Inhalt desjenigen, dessen Willenserklärung zur Versteuerung herangezogen werden soll, ermittelt werden muß, und daß hierbei auch der Zweck der Willenserklärung in Betracht zu ziehen ist. Allein der Berufungsrichter meint, daß es der Auslegung einer Willenserklärung nur bedürfe, wenn der Sinn der gebrauchten Worte zweifelhaft sei, und daß die Auslegung an der vorhandenen unzweideutigen Erklärung ihre Grenze finden müsse. In diesen Erwägungen liegt der Schlüssel für die Unrichtigkeit der Auffassungen, zu der der Berufungsrichter gelangt ist. Wenn eine Willenserklärung schon nach ihrem Wortlaut zu zwei oder mehreren Deutungen Anlaß bietet, so ist die Aufschließung des Sinnes der Erklärung durch das Mittel der Auslegung ein so selbstverständliches Gebot der Logik und Notwendigkeit, daß dies einer besonderen und ausdrücklichen Erwähnung nicht bedürftig ist. Es liegt daher auf der Hand, daß, wenn der Gesetzgeber es für nötig erachtet, ausdrücklich hervorzuheben, bei der Auslegung einer Willenserklärung sei nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (§ 113 BGB.), von ihm hierbei vorzugsweise gerade an die Fälle gedacht sein muß, in denen der buchstäbliche Sinn der Erklärung nicht zweideutig ist, sondern nur eine Deutung gestattet. Auch in solchen Fällen ist mithin der Auslegung Raum zu geben, die Bestimmung des Stempelgesetzes, daß für die Stempelpflichtigkeit nur deren Inhalt maßgebend sein soll,

besagt lediglich, daß für die Frage der Stempelpflichtigkeit außerhalb der Urkunde liegende Tatsachen in der Regel nicht verwertet werden dürfen, keineswegs ist damit aber ausgesprochen, daß Willenserklärungen, die nach ihrer Wortdeutung nur einen klaren und bestimmten Sinn angeben, nicht dennoch auf Grund ihres Zusammenhanges mit dem übrigen Inhalt der Urkunde und ihres daraus ersichtlichen Zwecks in einem von dem Wortlaut abweichenden Sinne verstanden werden können und müssen.

* * *

Nr. 5. § 3 Abs. 2 (**Stempelpflichtigkeit bedingter Rechtsgeschäfte**). Auch ein Kauf auf Probe unterliegt dem Kaufstempel; denn der Kauf auf Probe gilt im Zweifel als unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung des Käufers (§ 495 BGB.) geschlossen, nach § 3 Abs. 2 StempG. unterliegen aber bedingte Verträge demselben Stempel wie unbedingte.

Urt. des VII. ZivSen. vom 10. April 1906 361. 05.

* * *

Nr. 6. § 9 Abs. 2 (**Stempelfreiheit der ersten Ausfertigung einer Notariatsverhandlung, wenn die Ausfertigung als erste bezeichnet und auf ihr bescheinigt ist, welcher Stempel zur Urschrift verwendet worden ist**). Diese Stempelfreiheit der ersten Ausfertigung ist davon nicht abhängig, ob die Urschrift der Notariatsverhandlung richtig und genügend versteuert worden ist.

Urt. des VII. ZivSen. vom 5. Okt. 1906. 11. 06.

Jemand hatte über eine ihm von einer Bodenkredit-Aktiengesellschaft zugesagtes hypothekarisches Darlehn eine notarielle Schuldurkunde ausgestellt, zu deren Urschrift nur ein Stempel von 1,50 Mk. verwendet worden war, weil auf Grund dieser Urkunde reichsstempelpflichtige Pfandbriefe ausgegeben werden sollten. Die Aktiengesellschaft teilte später dem Notar mit, daß sie von dem Darlehnsvertrage zurückgetreten sei und daher die Ausgabe von Pfandbriefen nicht stattfinden werde. Der Notar erforderte darauf von dem Aussteller der Urkunde den Schuldverschreibungsstempel. Als dieser nicht zahlte und das Zwangsbeitreibungsverfahren fruchtlos ausfiel, verlangte die Stempelsteuerbehörde von der Aktiengesellschaft, die in den Besitz der ersten Ausfertigung gelangt war, welche als solche bezeichnet und mit der Bescheinigung versehen war, daß zur Urschrift ein Stempel von 1,50 Mk. verwendet worden sei, den Schuldverschreibungsstempel. Sie begründete dieses Verlangen in folgender Weise: Nach § 13 d hafte jeder Inhaber einer mit dem gesetzlichen Stempel nicht ausreichend versehenen Urkunde, der an dem Gegenstande ein rechtliches Interesse habe, für den Stempel. Die erste Ausfertigung, welche in den Besitz der Aktiengesellschaft gelangt sei, sei ungeachtet der Bestimmung im § 9 Abs. 2 nicht ausreichend versteuert gewesen; denn nach § 9 Abs. 1 Satz 2 dürfe eine Ausfertigung einer Urkunde nur dann als Nebenausfertigung versteuert werden, wenn das Vorhandensein einer als Hauptausfertigung versteuerten Urkunde nachgewiesen werde. Als eine als Hauptausfertigung versteuerte Urkunde im Sinne dieser Bestimmung sei aber nur eine als Hauptausfertigung richtig versteuerte Urkunde anzusehen. Diese Bestimmung gelte für alle in mehreren Exemplaren in die Erscheinung tretende Urkunden, also auch für notarielle Urkunden. Die Vorschrift des § 9 Abs. 2, nach der die erste Ausfertigung einer notariellen Urkunde stempelfrei sei, käme demnach nur zur Anwendung, wenn die Urschrift genügend versteuert sei. Die Aktiengesellschaft, welche den Schuldverschreibungsstempel erlegt hatte, drang mit ihren Rückforderungsanspruch überall durch. Sämtliche drei Instanzen erklärten die Ansicht des Fiskus für unrichtig. Das RG. führte in dieser Beziehung kurz aus: § 9 Abs. 2 enthalte im zweiten Satze bezüglich der ersten Ausführung notarieller Verhandlungen eine besondere Vorschrift, nach der sie unter gewissen, näher angegebenen Voraussetzungen stempelfrei sei: daß die Stempelfreiheit noch von einer weiteren Voraussetzung*) hätte abhängig gemacht werden sollen, lasse sich bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht annehmen.

* * *

Nr. 7. § 10 Abs. 1 (**Versteuerung der in einer Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte über mehrere, verschiedenen Steuersätzen unterliegende Gegenstände nach dem höchsten Steuersatz bei Verabredung des Entgelts in einer ungetrennten Summe ohne Angabe der Einzelwerte**). Die ausschließliche Anwendung des höchsten Steuersatzes ist, wenn auch nur für einzelne der Gegenstände (nicht für sämtliche) die Wertangabe erfolgt ist, insoweit ausgeschlossen und nur bezüglich desjenigen Teiles des Entgelts zulässig, der von ihm nach Abzug der angegebenen Einzelwerte verbleibt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 23. Nov. 1906. 56. 06.

Aus den Gründen des Urteils: „Sind z. B. bewegliche Sachen zusammen mit Forderungen für 14 000 Mk. veräußert, dabei aber für zwei einzelne Forderungen die Einzelwerte mit 3000 Mk. und 2000 Mk. angegeben, so ist für die Veräußerung dieser Forderungen nur der Stempel von 1,50 Mk. von 5000 Mk. zu entrichten, für den Rest des Entgelts von 9000 Mk. aber, obschon er die Gegenleistung sowohl für bewegliche Sachen als auch für Forderungen darstellt, der Stempel von 1/8 v. H. zu zahlen. Dasselbe trifft zu, wenn das Entgelt nicht in einer einzelnen Summe oder Leistung verabredet ist, sondern in mehreren Leistungen derart, daß die Einzelleistung das Entgelt für mehrere, verschiedenen Steuersätzen unterliegende Gegenstände darstellt."

*) Nämlich von der Voraussetzung, daß die Urschrift richtig und vollständig versteuert worden sei.

* * *

Nr. 8. § 10 Abs. 2 (**Selbständige Besteuerung eines jeden von mehreren verschiedenen, in einer Urkunde enthaltenen steuerpflichtigen Geschäften**). Der Umstand, daß nach dem Willen der Vertragschließenden das Bestehen eines jeden der beiden in einer Urkunde enthaltenen selbständigen Grundstücksveräußerungsgeschäfte durch das Bestehen des andern Geschäfts bedingt*) sein, im wirtschaftlichen Sinne also ein Austausch der Grundstücke stattfinden soll, macht die beiden Geschäfte noch nicht zu einem Geschäft und schließt nicht die Anwendung des § 10 Abs. 2 aus.

Urt. des VII. ZivSen. vom 26. Sept. 1905. 618. 04.

Das Nähere s. unter Tarifst. 32 (bei der Frage, ob ein Tausch zweier Grundstücke oder zwei selbständige Kaufgeschäfte vorliege).

* * *

Nr. 9. § 10 Abs. 2 (**Mehrheit selbständiger Geschäfte**) **oder** Abs. 3 (**Vorliegen eines aus mehreren Bestandteilen bestehenden einheitlichen Geschäftes**). Wenn durch die inhaltliche Übereinstimmung der in einer Urkunde enthaltenen, von einer Gewerkschaft mit einer Anzahl von Grundbesitzern gemeinsam abgeschlossenen Verträge über die auf deren Grundstücken auszuführende Bohrung nach Kali ꝛc. und dessen Gewinnung weiter nichts, als nur eine Interessengemeinschaft geschaffen wird, so liegt eine Mehrheit selbständiger, mit jedem einzelnen Besitzer abgeschlossener Verträge vor, deren jeder besonders für sich zu verstempeln ist.

Urt. des VII. ZivSen. vom 5. Mai 1905. 481. 04.

Eine Gewerkschaft hatte mit mehreren Grundbesitzern einer Gemeinde einen Vertrag geschlossen, nach welchem die letzteren der ersteren das ausschließliche, persönliche und dingliche Recht einräumten, auf ihren Grundstücken nach Kali-, Stein- etc. Salzen zu bohren und sie zu gewinnen; die Grundbesitzer verpflichteten sich, die Rechte der Gewerkschaft auf den Blättern ihrer Grundstücke eintragen zu lassen. Auch die Solquellen sollten dem Rechte der Klägerin gegen bestimmte Jahresentschädigung unterfallen. Ein gefundener Schatz sollte zur Hälfte der Gewerkschaft, zur Hälfte dem Grundeigentümer gehören. Die Grundbesitzer hatten sich weiter verpflichtet, die für das Unternehmen erforderlichen Grundstücke zu einem näher bestimmten Preise der Klägerin käuflich zu überlassen. Der Gewerkschaft wurde die Pflicht auferlegt, nach Beginn der Arbeiten eine jährliche Entschädigung von 300 Mk. für den Morgen zu zahlen. Vor Beginn der Tiefbohrungen hatte die Gewerkschaft für die eventuelle Oberflächenbeschädigung eine Sicherheit von 3000 Mk. zu bestellen; sie war bei einer vom Gemeindevorsteher zu bestimmenden Stelle zu hinterlegen und diente den Grundbesitzern zur Befriedigung wegen ihrer fälligen Ansprüche. Den Grundbesitzern war weiter ein sogenannter Förderzins von jedem geförderten Zentner Salz versprochen und eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 5 v. H. eingeräumt, sofern der Jahresreingewinn den Betrag von 500 000 Mk. übersteigt. Der § 16 lautete: „Zur Vertretung der Gesamtheit der beteiligten Grundstücksbesitzer, insbesondere zur Empfangnahme von Zahlungen, kann von derselben ein Bevollmächtigter mit Stimmenmehrheit nach Maßgabe der Flächenbeteiligung erwählt werden. Bis ein solcher erwählt wird, gilt der Gemeindevorsteher als Bevollmächtigter der beteiligten Grundbesitzer; an diese vertretungsberechtigte Person sind auch alle Erklärungen der Gewerkschaft beziehungsweise deren Rechtsnachfolger mit rechtsverbindlicher Wirkung zu richten." Ferner war eine an die beteiligten Grundbesitzer nach Verhältnis ihrer Morgenzahl zu entrichtende Fundprämie von 2000 Mk. vorgesehen. Der § 17 besagte, daß die beteiligten Grundbesitzer sich über eine Verteilung der Vergütungen nach Verhältnis der Oberflächengröße geeinigt hätten. Im § 18 war von der Aufhebung des Vertrages die Rede, wofern die Gewerkschaft einer der Gesamtheit der beteiligten Grundbesitzer gegenüber zu erfüllenden Pflicht nicht nachkomme. Am Schlusse hieß es, daß die nicht anwesenden Grundbesitzer der Feldmark berechtigt seien, dem Vertrage beizutreten. Die Gewerkschaft hatte mit den Besitzern in anderen Gemeinden gleiche Verträge geschlossen. Zu diesen Verträgen waren je 3 Mk. Stempel (1,50 Mk. allgemeiner Vertragsstempel und 1,50 Mk. Vollmachtsstempel) verwendet. Die Steuerbehörde war jedoch der Meinung, daß soviel einzelne Verträge vorlägen, als die Zahl der Grundbesitzer ausmache, und daß ebenso diese Zahl für die Erhebung des Vollmachtsstempels entscheidend sei und erforderte die entsprechenden Beträge. Die Gewerkschaft klagte auf Rückgewähr der von ihr demgemäß entrichteten Beträge, wurde aber in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe des Revisionsurteils: Der Revision konnte keine Folge gegeben werden, weil die Annahme des Berufungsrichters, daß die in Betracht kommenden Urkunden verschiedene steuerpflichtige Geschäfte enthielten, von denen jedes besonders zu verstempeln sei, eine Verletzung des § 10 Abs. 2 und 3 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 nicht erkennen läßt. Nach § 2 der Verträge räumen die im Eingange bezeichneten Grundbesitzer der Klägerin in Ansehung ihrer außerhalb des Ortes belegenen, unbebauten Grundstücke gewisse Ausbeuterechte ein. Es geschieht dies aber nicht so, daß sie damit die Errichtung eines gemeinsamen Zweckes erstrebten oder über gemeinsames Eigentum verfügten, sondern jeder von ihnen tritt selbständig zu der Klägerin in rechtliche Beziehungen, indem er lediglich den ihm gehörigen Grundbesitz zu Gunsten der Klägerin belastet und sich verpflichtet, die Belastung auf dem Blatte seines Grundbesitzes eintragen zu lassen. Es ist nicht einmal ersichtlich, daß die Verträge, die der einzelne mit der Klägerin geschlossen hat, sich gegenseitig bedingen — woraus übrigens auch noch nicht die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts zu folgern wäre —, und erst recht nicht, daß sie von den Eigentümern in der Zusammenfassung zu einer irgendwie gearteten Rechtsgemeinschaft eingegangen sind und deshalb eine Einheit bilden. Die Klägerin kann gegen jeden ihrer Vertragsgegner auf Erfüllung der von ihm übernommenen Verbindlichkeiten, insbesondere auf Bewilligung der Eintragung des Ausbeuterechts klagen. Diesen Ver-

*) Ebenso ist im folgenden Urteil des VII. ZivSen. v. 5. Mai 1905 481. 04 gesagt: Aus dem Umstand, daß mehrere in einer Urkunde enthaltenen Verträge sich gegenseitig bedingten, sei noch nicht die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts zu folgern.

bindlichkeiten stehen Rechte der Grundeigentümer auf Vergütungen mannigfacher Art gegenüber. Aber auch von diesen ist jedenfalls die im § 5 zugesicherte Entschädigung im Sinne eines besonderen Anspruchs jedes Grundbesitzers ausgestaltet; die Gewerkschaft hat sich wegen der Schürffläche mit dem Eigentümer und etwaigen Pächtern der betreffenden Grundstücke besonders zu einigen, dem betreffenden Grundbesitzer ihre Absicht, zu bohren, anzuzeigen und ihm vor Beginn der Bohrarbeiten für die dazu in Anspruch genommene Fläche jährlich 300 Mk. für den Morgen zu zahlen. Von einer Gemeinschaft hinsichtlich dieser Gegenleistung kann nach keiner Richtung die Rede sein. Es sind nicht mehrere Gläubiger an dem Schuldverhältnis beteiligt, sondern mehrere Schuldverhältnisse dergestalt begründet, daß jedem einzelnen Grundbesitzer als Gläubiger das Recht auf Entrichtung einer bestimmten Summe nach Maßgabe des von ihm der Klägerin zu Bohrzwecken überlassenen Grund und Bodens zugestanden ist. Daraus ergibt sich von selbst, daß der Klägerin sowohl nach der Schuldner- wie nach der Gläubigerseite soviel verschiedene, rechtlich von einander unabhängige Personen gegenüberstehen, als die Zahl der unterzeichnenden Grundbesitzer beträgt; jeder von ihnen hat mit der Klägerin einen auf die Gewinnung von Salzen gegen Entgelt gerichteten Vertrag geschlossen, wobei noch erwähnt werden mag, daß auch ein etwa gefundener Schatz zur Hälfte der Klägerin, zur Hälfte dem Grundstückseigentümer gehören soll. Daß die Verträge den gleichen Inhalt haben, macht sie nicht zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft. Es erklärt nur, daß mehrere in einer Urkunde zusammengefaßt sind. Durch die mitgeteilten Parteiberedungen wird die Feststellung ausgeschlossen, daß die einzelnen beurkundeten Geschäfte nur zur näheren Bestimmung eines Hauptgeschäfts dienen, daß sie sich also als Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts kennzeichnen (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 42 S. 191). Es fehlt an einem solchen Hauptgeschäft und dieses würde auch dann nicht gegeben sein, wenn die Urkunde außer den auf die Begründung selbständiger Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und den einzelnen Grundbesitzern gerichteten Abmachungen nebenher Vereinbarungen enthielte, welche die Schaffung gemeinschaftlicher Rechte bezweckte. Aber selbst dies ist nicht der Fall. Man kommt über eine durch die inhaltliche Uebereinstimmung der Verträge geschaffene Interessengemeinschaft der Grundbsitzer, wie sie auch vom Berufungsrichter angenommen wird, nicht hinaus. Auch hinsichtlich der an die Grundbesitzer schlechthin zu zahlenden Vergütungen ist schließlich eine Verteilung nach Verhältnis der Oberflächengröße vereinbart, so daß es sich auch hier um selbständige Ansprüche der Besitzer handelt, deren Umfang gemäß § 17 der Verträge ermittelt werden soll und für welche die nach § 6 zu bestellende Kaution haftet. Rein äußerlich ist der Umstand, daß die Grundbesitzer unter Ziffer 2 a, b, c u. s. w. der Klägerin beziehungsweise deren Vertreter gegenübergestellt sind. Daraus folgt ebensowenig eine Rechtsgemeinschaft, wie aus der Pflicht, Altertümer an die Gemeinde abzuliefern, oder daraus, daß der Gemeindevorsteher zum Treuhänder in Ansehung der Kaution bestellt ist, oder daß er ein Mitglied der Abschätzungskommission ernennen soll, oder daß die Klägerin der Gemeinde gegenüber gewisse Pflichten übernommen hat. Daß die Bestellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten erfolgt und auch für die Zukunft vorgesehen ist, erklärt sich aus der Gleichartigkeit der von den Grundbesitzern der Klägerin gegenüber wahrzunehmenden Rechte, ist aber kein Anzeichen für eine unter den Besitzern vorhandene rechtliche Gemeinschaft, wie eine solche auch nicht deshalb besteht, weil über die Person des Vertreters der Wille der Mehrheit entscheiden soll. Die unzweifelhaft gegebene Gemeinsamkeit der wirtschaftlichen Interessen hat dazu geführt, zur Vereinfachung der Verwaltung nicht des gemeinschaftlichen, sondern des jedem Grundbesitzer aus dem Salzgewinnungsvertrage selbständig zufallenden Vermögens einen Bevollmächtigten zu ernennen. Dadurch ist keine Interessentengemeinschaft, wie sie unter Umständen beim Auseinandersetzungsverfahren zurückbleibt, begründet, es mangelt an dem Substrat gemeinsamer Eigentums- und Nutzungsrechte (vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 619 Z. VI.) Wenn an einzelnen Stellen der Verträge von der Gesamtheit der Grundbesitzer und von „beiden Teilen" die Rede ist, so erscheint dies nur als eine zusammenfassende Bezeichung der Vertragichließenden ohne rechtliche Bedeutung. Endlich kann auch daraus für die Einheitlichkeit des Geschäfts nichts entnommen werden, daß die Klägerin berechtigt sein soll, mehrere Gemeinden beziehungsweise die Grundstücke mehrerer Gemeinden zu einem Unternehmen zusammenzuschließen.

* * *

Nr. 10. § 10 Abs. 2 (**Mehrheit selbständiger Geschäfte**) oder Absatz 3 (**ein aus mehreren Bestandteilen bestehendes einheitliches Geschäft**). Durch das auf schriftliches Ersuchen einer Bank ihr von ihren Geschäftskunden schriftlich erklärte Einverständnis mit ihren Geschäftsbedingungen wird zwar im wirtschaftlichen, nicht aber im Rechtssinne ein einheitliches Geschäft begründet. Die in den Bedingungen enthaltenen verschiedenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen (Vollmachtserteilung, Pfand- und Sicherheitsbestellung u. s. w.) sind daher jede für sich stempelpflichtig.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. April 1905. 420. 05.

Die H. Bank hatte an eine größere Anzahl von Geschäftskunden, mit denen sie bereits in Kontokurrentverkehr gestanden hatte, gleichlautende gedruckte Schreiben gesandt, in denen die Adressaten ersucht wurden, ihr Einverständnis mit den weiterhin in diesen Schreiben, abgedruckten „Allgemeinen Bedingungen für den Geschäftsverkehr mit der Bank" durch Unterzeichnung und Rücksendung eines den Schreiben beigelegten Formulars zu erklären. Dieses Formular lautete: Mit den „Allgemeinen Bedingungen für den Geschäftsverkehr mit der Bank, von welchen .... Kenntnis genommen habe, erkläre .... einverstanden." Jeder Adressat unterzeichnete dieses Formular und sandte es an die Klägerin zurück. In den Geschäftsbedingungen finden sich folgende Bestimmungen.

§ 5 Abs. 2. Die H. Bank ist ermächtigt, sofern ihr nicht im einzelnen Falle gegenteilige Weisung zugeht, behufs Wahrnehmung der Interessen ihrer Geschäftsfreunde die für letztere bei ihr ruhenden Aktien in allen Generalversammlungen zu vertreten und das Stimmrecht ausüben zu lassen.

§ 6. „Alle Wertpapiere und sonstigen Wertstücke, insbesondere auch Waren und Forderungen, welche im Laufe des Geschäftsverkehrs oder aus einem anderen Anlaß in den Besitz oder die Verwahrung der H. Bank gelangt sind, ebenso etwaige Guthaben ihrer Kunden auf

Giro-, Scheck- oder sonstige Rechnungen mit der H. Bank dienen, der Bank als Faustpfand zur Sicherheit für alle Forderungen aus der laufenden Geschäftsverbindung an die Kunden ebenso für das jeweilig schwebende Wechselobligo, soweit dem nicht besondere Vereinbarungen oder gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen.

Die Stempelsteuerbehörde sah in der Erklärung der Kunden der H. Bank, daß sie mit diesen Bestimmungen einverstanden seien, eine Vollmachtserteilung und Sicherheitsbestellung und besteuerte daher in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe der Tarifst. 73 und 59 StempG. diese Erklärungen mit einem Stempel von je 1,50 Mk.

Die Bank, welche die von ihr demgemäß erforderten Stempelbeträge entrichtet hatte, wurde mit deren Rückforderung in II. und III. Instanz abgewiesen.

Gründe des Revisionsurteils:

Die Revision konnte keinen Erfolg haben; denn den Ausführungen des Berufungsrichters in dieser Sache, die im wesentlichen mit der Sache M. & Sohn c a Fiskus gleich liegt, in welcher das Urteil des erkennenden Senats vom 27. März 1903*) erlassen ist, ist in allen Stücken beizutreten. Daß die in Rede stehenden Bestimmungen der Geschäftsbedingungen eine Vollmachtserteilung und eine Sicherheitsbestellung enthalten, steht außer jedem Zweifel. Der Berufungsrichter hat aber auch weiter zutreffend angenommen, daß die Bezugnahme in den Schreiben der Kunden auf die Geschäftsbedingungen diese gewissermaßen zu Bestandteilen der ersteren machte und daß hierzu irgend eine körperliche, feste oder lose Verbindung nicht erforderlich war. Der Umstand, daß in den Schreiben der Kunden die Worte (mit den) „Allgemeinen Bedingungen für den Geschäftsverkehr mit der H. Bank" in Anführungszeichen „—" gesetzt sind, zeigt auch ohne Zusammenhalt mit dem Schreiben der Klägerin zur Genüge, daß es sich nicht etwa um mündliche Abmachungen, sondern um schriftlich festgesetzte Bedingungen handelt. Die Klägerin kann sich jederzeit gegenüber dritten sowohl wie gegenüber ihren Kunden durch Vorlage des von diesen an sie gerichteten Schreibens und der „Geschäftsbedingungen" urkundlich über ihr Vertretungsrecht und ihr Faustpfandrecht ausweisen.

---

*) Das obenbezeichnete Urteil vom 27. März 1903 hat folgenden Sachverhalt und Gründe:

Eine Bankfirma hatte mehreren Firmen zwei Exemplare ihrer gedruckten Geschäftsbedingungen mit einem von ihr selbst unterzeichneten Begleitschreiben übersandt, in dem sie den Adressaten ersuchte, das eine der beiden Exemplare mit seiner Unterschrift versehen, an sie wieder zurückzusenden. Die Geschäftsbedingungen regelten den von ihrer Bankfirma mit ihren Kunden zu unterhaltenden geschäftlichen Verkehr; unter anderem war darin bestimmt, daß sie berechtigt sei, bei ihr ruhende Aktien und Kuxe in den Gesellschafter-Versammlungen zu vertreten, daß alle für ihre Kunden bei ihr oder bei Dritten ruhende oder künftig in ihren mittel- oder unmittelbaren Besitz gelangende Wertpapiere und Wechsel ihr, auch wenn sie zum Depot übergeben seien, als Faustpfand für alle jetzt und künftig fälligen Forderungen haften sollten, Wertpapiere jedoch nur, wenn sie ihr nicht bei der Übergabe als fremde bezeichnet worden seien. In letzterem Falle sollten diese als Pfandunterlage nur für die sich speziell auf diese Wertpapiere beziehenden Ansprüche dienen.

Jede Firma hatte eins der beiden ihr übersandten Exemplare der Geschäftsbedingungen an die Bankfirma zurückgeschickt, nachdem sie die auf ihm bereits vorgedruckte Erklärung des Einverständnisses mit diesen Bedingungen unterzeichnet hatte. Auf Erfordern des Fiskus entrichtete die Bankfirma für jeden Vertrag außer dem schon von ihr verwendeten allgemeinen Vertragstempel von 1,50 Mk. noch den Vollmachtstempel (Tarifst. 73 Abs. 3) Pr. StempG. mit 1,50 Mk. und den Stempel für Sicherstellung von Rechten mit 1,50 Mk.. (Tarifst. 59 Abs. 3).

Die Klage wurde in der Revisionsinstanz vollständig abgewiesen aus folgenden Gründen:

Die Revision der Klägerin macht zunächst dem Berufungsrichter den Vorwurf, den § 1 Abs. 2 und Abs. 3 des Pr. StempG. vom 31. Juli 1895 dadurch verletzt zu haben, daß er die zur Versteuerung herangezogenen Urkunden als V e r t r ä g e für stempelpflichtig erklärt, trotzdem sie von der Klägerin nicht unterschrieben seien und, wenn sie als Verträge anzusehen seien, die Natur von Korrespondenzverträgen hätten. Diese Rüge erledigt sich durch die hinsichtlich dieser Punkte im Berufungsurteile enthaltenen, überall zutreffenden Ausführungen. Diese gehen dahin: Die von der Klägerin ihren Kunden übersandten Geschäftsbedingungen seien zwar nur von den Kunden, nicht auch von der Klägerin unterschrieben, die fehlende Unterschrift werde aber durch die unter den Übersendungsschreiben stehende Unterschrift der Klägerin gedeckt, da in diesen Schreiben auf die beigefügten Geschäftsbedingungen als Anlage Bezug genommen sei und sie dadurch zu Bestandteilen der Schreiben selbst gemacht seien; sie ermangelten daher nicht der nach § 1 Abs. 2 a. a. O. erforderlichen Unterschrift des Ausstellers. Der Abs. 3 des § 1 komme überhaupt nicht zur Anwendung, da jedes der beiden unter den Vertragschließenden ausgetauschten Exemplare der Geschäftsbedingungen den gesamten Inhalt des geschlossenen Vertrages enthalte und für sich allein, ohne Ergänzung durch die vom anderen Vertragsteilnehmer unterschriebenen Willenserklärungen, verständlich sei. Diese Ausführungen stehen auf dem Boden der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (344 Nr. 39, 98, Entsch. 42, 180 und 154 Nr. 42).

Die Revision findet ferner eine Verletzung des § 10 Abs. 3 des StempG. darin, daß der Berufungsrichter die beurkundete Vollmacht einem besonderen Stempel unterworfen hat, trotzdem sie als ein Bestandteil des in den Geschäftsbedingungen enthaltenen e i n h e i t l i c h e n Vertrages anzusehen sei. Auch diese Rüge versagt, denn die von beiden Seiten vereinbarten Geschäftsbegingungen stellen ein einheitliches Geschäft zwar im wirtschaftlichen, aber nicht im Rechtssinn dar. Der Berufungsrichter erblickt in der Vereinbarung der Geschäftsbedingungen einen in seiner Gesamtheit einheitlichen K o n t o k o r r e n t v e r t r a g im Sinne des § 355 HGB. Ein solcher ist aber in den zur Versteuerung herangezogenen Urkunden nicht zu finden. Sie enthalten Bestimmungen nicht nur für ein zwischen der Klägerin und einem ihrer Kunden bestehendes Kontokurrentverhältnis, — also ein solches, bei dem die b e i d e r s e i t i g e n Einzelforderungen und Einzelleistungen ihre Sondernatur verlieren und nur als Glieder eines Ganzen in Betracht kommen, — sondern auch für die Fälle der gewöhnlichen, einseitig laufenden Rechnung und auch für die aus einem einzelnen Geschäftsschluß sich ergebenden Rechtsbeziehungen, die mit einem Kontokurrentverhältnisse nichts zu tun haben; sie erteilen der Klägerin die Ermächtigung zur Vertretung nicht bloß hinsichtlich der auf Grund eines Kontokurrentverhältnisses bei ihr ruhenden, sondern hinsichtlich aller in ihren Besitz gelangenden, den Kunden gehörigen Aktien und Kuxe und gewähren ebenso ganz allgemein der Klägerin ein Faustpfand an allen in ihren Besitz kommenden Wertpapieren und Wechseln; sie enthalten endlich Vorschriften über die der Klägerin aufzutragende Einziehung von Wechseln, über die Behandlung von

Das aber begründet eben ihre Stempelpflicht bezüglich der betreffenden Erklärungen der Kunden. Übrigens stellt auch der Anfang des Schreibens der Kunden eine zweifellose Verbindung mit dem die Geschäftsbedingungen enthaltenden entsprechenden Schreiben der Klägerin her. Die Revision hat sich im wesentlichen darauf beschränkt, die Berufungsentscheidung von dem Gesichtspunkt aus anzugreifen, daß eine Stempelpflicht des Schreibens der Kunden der Klägerin in Verbindung mit den Geschäftsbedingungen deswegen noch nicht bestehen könne, weil die betreffenden Erklärungen erst in Wirksamkeit träten, wenn die in den Bedingungen erwähnten Geschäfte, auf die sie sich bezögen, abgeschlossen oder vollzogen würden. Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Die Vollmachtserteilungen und Faustpfandbestellungen, die von den Kunden der Klägerin erklärt sind, realisieren sich allerdings erst, wenn die Klägerin in den Besitz von Aktien, Wertpapieren, Waren oder Forderungen, die ihren Kunden gehören, gelangt ist und durch die weiteren Voraussetzungen, Abhaltung von Generalversammlungen, Vorhandensein von Forderungen der Klägerin u. s. w. erfüllt sind. Allein dies alles berührt die nur auf dem urkundlichen Inhalt der betreffenden Erklärungen beruhende Stempelpflicht nicht. Bei Vollmachten ist es selbstverständlich, daß sie auf die Zukunft gestellt werden und daß ihre Besteuerung, soweit es sich um im Inlande ausgestellte Vollmachten handelt, von ihrer Benutzung unabhängig ist. Aber auch bei Faustpfandbestellungen ist die Stempflicht nicht dadurch bedingt, daß sie sich auf gegenwärtig vorhandene Forderungen und Pfänder beziehen. Die für die Stempelsteuer allein maßgebliche Tatsache der Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung bleibt auch dann bestehen, wenn die beurkundete Sicherheitsbestellung zukünftige Forderungen und zukünftige in den Besitz des Gläubigers gelangende Vermögenswerte des Schuldners zum Gegenstande hat.

Geld- und Wertsendungen und den Erfüllungsort für alle aus dem Geschäftsverkehr entspringenden Verbindlichkeiten. Die Geschäftsbedingungen bestehen hiernach in einer rein äußerlichen Zusammenfassung einer großen Zahl unter einander rechtlich nicht zusammenhängender, für die Abwickelung der verschiedenartigsten Geschäfte gegebener Vorschriften, die nur wirtschaftlich aus dem gemeinsamen Gesichtspunkte betrachtet werden können, daß ihre Beobachtung der Klägerin für alle einzelnen in ihrem Geschäftsbetriebe vorkommenden Geschäfte zweckmäßig erscheint. Innerhalb der rechtlichen Grenzen eines bestimmten Geschäfts bewegen sie sich nicht und ihre vertragsmäßige Feststellung ist daher als eine Summe einzelner, zivilrechtlich teils benannter, teils unbenannter Rechtsgeschäfte zu erachten. Soweit eine Mehrheit von unbenannten, nach Tarifst. 71² zu versteuernden Verträgen vorliegt, erhebt der Beklagte nach ständigem Verwaltungsbrauch den Stempel nicht für jede einzelne Vereinbarung, sondern nur einmal (vergl. Heinitz StempG. 2. Auflage S. 622 Anm. 5 Abs. 2, Hummel und Specht StempG. S. 157 bei k). Die mehreren in derselben Urkunde zusammengefaßten benannten Rechtsgeschäfte sind aber in dem gleichen Falle nach § 10 Abs. 2 a. a. O. derart zu versteuern, daß der Stempel von jedem Geschäft besonders zu erheben ist.

Hieraus ergiebt sich nicht nur, daß die Revision der Klägerin zurückzuweisen ist, weil für erteilte Vollmacht der Vollmachtstempel mit Recht erfordert ist, sondern auch, daß der Anschlußrevision des Beklagten stattzugeben und die Klägerin mit ihrem Anspruch auf Rückzahlung des nach Tarifst. 59 erhobenen Stempels für Sicherstellung von Rechten abzuweisen ist. Ein Widerspruch dieser Entscheidung mit dem oben angeführten Urteile des RG. vom 26. 1. 99 besteht schon deshalb nicht, weil die Urkunden, deren Stempelpflichtigkeit damals zur Entscheidung stand, Bedingungen nur für bestimmte Arten von Geschäften, nämlich für den Kontokurrentverkehr und für Lieferungsgeschäfte enthielten.

* * *

Nr. 11. § 10 Abs. 2 (**Mehrheit selbständiger Geschäfte**) **oder** Abs. 3 (**Vorliegen eines aus mehreren Bestandteilen bestehenden einheitlichen Geschäftes**). Wenn mehreren Personen eine Generalvollmacht dahin erteilt wird, daß alle sowohl zusammen als auch jeder einzeln für sich ohne Zuziehung der anderen handeln kann, so liegt nicht ein einheitliches Geschäft, sondern eine Mehrheit von Generalvollmachten vor, die jede für sich besonders versteuerbar ist.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. Febr. 1905. 310. 04.

In den Gründen des Urteils, das vollständig zur Tarifst. 73 (Vollmachten) mitgeteilt wird, ist folgendes ausgeführt: Im Falle einer an mehrere Personen erteilten Vollmacht sei nur aus der sachlichen Seite zu entnehmen, ob eine Vollmacht oder eine Mehrheit von solchen vorliege. Nur wenn das Rechtsgeschäft, dessen Ausführung den Gegenstand der Ermächtigung bilde ein einheitliches sei, könne auch die Ermächtigung selbst als eine einheitliche Rechtshandlung angesehen werden. Hiernach sei die Erteilung einer Prozeßvollmacht an mehrere Anwälte als eine nur einfach zu versteuernde Bevollmächtigung angesehen worden. Ob die Erteilung einer Generalvollmacht an mehrere, nicht zu gemeinschaftlicher Vertretung berufenen Personen ein einheitliches Geschäft darstelle, sei lediglich nach § 10 StempG. zu beurteilen. Da im betreffenden Falle jeder der Bevollmächtigten nach außen hin selbständig ohne das Einverständnis, ja sogar gegen den Willen der übrigen rechtlich bindende Vertretungshandlungen vornehmen dürfe, so könne jeder der mehreren Bevollmächtigten zu demselben Zeitpunkte andere Rechtsgeschäfte für den Machtgeber vornehmen. Unter diesen Rechtsgeschäften bestehe eine rechtliche Verknüpfung nur insofern, als sie Geschäfte einer Vermögensverwaltung darstellten, also der Geschäftsherr eine und dieselbe Person sei. Das genüge aber zur Annahme einer rechtlichen Einheit der Geschäfte nicht. Sei der Gegenstand der Vollmachtsurkunde kein einheitlicher, sondern ein mehrfacher, so sei auch das Geschäft der Vollmachterteilung kein einheitliches, sondern ein mehrfaches.

* * *

Nr. 12. § 13d (**Haftbarkeit eines jeden Inhabers einer mit dem gesetzlichen Stempel nicht oder nicht ausreichend versehenen Urkunde, der ein rechtliches Interesse an ihrem Gegenstande hat, für die Stempelsteuer**). Der Inhaber der ersten Ausfertigung einer Notariatsurkunde ist nicht im Sinne des § 13d Inhaber der Notariats-

urkunde und haftet daher nicht für den zur Urschrift zu verwendenden Stempel.

Urt. des VII. ZivSen. vom 5. Okt. 1906. 11. 06.

In der unter Nr. 6 behandelten Sache wollte der Fiskus auf Grund folgender Ausführungen die Bodenkreditaktiengesellschaft als Inhaberin der ersten Ausfertigung der Notariatsverhandlung für den zur Urschrift zu verwendenden Stempel haftbar machen: Urschrift und Ausfertigungen seien nur das Substrat, zu dem das Stempelmaterial verwendet werde. Die Abgabe ruhe auf der Notariatsurkunde. Notariatsurkunden seien aber nicht bloß die Urschrift der Verhandlung, sondern auch die Ausfertigung. Auch der Inhaber einer Ausfertigung sei daher Inhaber der Notariatsurkunde und als solcher gemäß § 13d für den nach Tarifst. 45 erforderlichen Stempel verhaftet. Das RG. erklärte, diese Ausführung verneine keine Billigung. Die Aktiengesellschaft sei nur in den Besitz der ersten Ausfertigung der notariellen Verhandlung gelangt, die Urschrift sei in der Verwahrung des Notars verblieben, die Aktiengesellschaft sei somit nur Inhaberin desjenigen Urkundenexemplars geworden, welches nach § 9 Abs. 2 stempelfrei sei. Ferner machte der Fiskus geltend, auch die Entstehungsgeschichte spreche gegen die Entscheidung der Vorinstanzen. Nach dem StempG. vom 7. 3. 1822 sei bei Notariatsurkunden (ausgenommen im Gebiete der Rheinprovinz) der erforderliche Wertstempel zu der ersten Ausfertigung zu verwenden gewesen. Es sei also der Inhaber der ersten Ausfertigung ohne weiteres für den Stempel haftbar gewesen. Lediglich aus praktischen Gründen sei in das G. vom 31. 7. 95 der § 9 Abs. 2 aufgenommen und damit für die ganze Monarchie eine Vorschrift eingeführt worden, die schon vorher im Gebiete des Rheinischen Rechts gegolten habe. Hiermit sei die frühere Vorschrift nur in formeller Hinsicht geändert worden. Dieser Änderung auch materielle Wirkungen hinsichtlich des Kreises der für den Stempel haftbaren Personen beizulegen, sei niemals beabsichtigt worden. Auch diesen Ausführungen legte das RG. keine Bedeutung, indem es sich hierüber folgendermaßen aussprach: Über die Gründe, welche für die einem Beschlusse der Kommission des Abgeordnetenhauses entsprechende Aufnahme der neuen Bestimmung des § 9 Abs. 2 in das jetzt geltende Gesetz maßgebend gewesen sind, bieten die parlamentarischen Verhandlungen keinen Aufschluß. Die Anregung zu derselben ist wahrscheinlich durch den in der Zeitschrift für das Notariat Jahrgang 1895 S. 76 mitgeteilten Antrag des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen gegeben worden, in welchem ausgeführt ist, daß die Verwendung des Stempels zur Urschrift der notariellen Verhandlung statt zur ersten Ausfertigung im Interesse des Notars liege und daß nach der Ministerialverfügung vom 1. August 1825 im Rheinlande stets nicht bloß die Urschriften mit dem Urkundenstempel, sondern auch sämtliche Ausfertigungen mit dem Ausfertigungsstempel belegt worden sein, während in den übrigen Provinzen durch die Verwendung des Urkundenstempels zur ersten Ausfertigung sich für diese Ausfertigung die Befreiung vom Ausfertigungsstempel ergeben habe. Mag nun auch eine Einschränkung des Kreises der für den Wertstempel haftbaren Personen nicht in der eigentlichen Tendenz der neuen Bestimmung gelegen haben, so ergibt sich die Einschränkung doch als unabweisbare Folge der letzteren. Vom finanziellen Standpunkte des Fiskus aus war dieselbe übrigens im allgemeinen auch unbedenklich, da nach § 13a des G. vom 31. 7. 95 der Notar für den Stempel haftet, falls er die erste Ausfertigung vor richtiger Versteuerung der Urschrift erteilt.

* * *

Nr. 13. § 16f (**Gebrauch der im Stempelauslande errichteten Urkunden im Stempelinlande**). Die im Inlande erfolgte Inbesitznahme und Verwahrung einer im Interesse eines inländischen Gläubigers im Auslande errichteten Urkunde (Schuldurkunde, Kautions-Bürgschafts- usw. Urkunde) durch den Gläubiger stellt einen Gebrauch der Urkunde im Sinne des § 16f dar. Anders bei Prozeßvollmachten und Verwahrung der Urkunden durch einen andern als den Gläubiger.

Urt. des VII. ZivSen vom 4. April 1905. 412. 04.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die Entscheidung des Berufungsrichters betrifft die Stempelpflicht von Urkunden (Schuldscheinen, Bürgschafts-, Kautionserklärungen), die im Auslande d. h. außerhalb des Geltungsbereichs des StempG. vom 31. 7. 95 errichtet und bei denen Inländer beteiligt sind, die also Ausländer zugunsten der (im Inlande wohnenden) Klägerin ausgestellt haben. Bei derartigen Urkunden ist nach den in dem Urteile des erkennenden Senats vom 29. Mai 1900 entwickelten Grundsätzen (Entsch. des RG. Bd. 46 S. 278 ff.) die Stempelpflicht durch den Gebrauch der Urkunde im Stempelinlande bedingt; der Gebrauch ist ein wesentliches Merkmal des stempelpflichtigen Tatbestandes. Davon geht auch der Berufungsrichter aus. Er findet den Gebrauch der Urkunden und folgeweise die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Stempelsteuer dadurch gegeben, daß die Klägerin die ihr von ihren ausländischen Vertretern übersandten Urkunden in Empfang und zum Zweck ihrer Sicherung in Verwahrung genommen habe. Eine rechtsirrtümliche Ausdehnung des Begriffes „Gebrauch" im Sinne des § 16 Buchst. f des StempG. ist hierin nicht zu erblicken. Man kann es als einen Gebrauch bezeichnen, wenn der Gläubiger von der Urkunde, die in seinem Interesse errichtet ist und eine Forderung oder einen Anspruch auf Sicherung dieser Forderung dartun soll, Besitz ergreift und sie behält. Auch hierin liegt schon eine Verwendung des Schuldscheins oder sonstigen Scheines durch den Gläubiger; es bedarf nicht einer Benutzung als Beweismittel nach außen, zu welcher es bei ordnungsmäßiger Erledigung der Angelegenheit regelmäßig gar nicht kommt. Anders verhält es sich bei Vollmachten oder ähnlichen Ausweisurkunden, bei denen nur ein Gebrauch Dritten gegenüber denkbar ist. Deshalb konnte auch in dem durch das Urteil vom 29. Mai 1900 entschiedenen Falle, der die Verstempelung einer Prozeßvollmacht betraf, deren Gebrauch verneint werden, weil sie von dem bevollmächtigten Anwalt lediglich bei seinen Akten verwahrt worden war. Einen Gebrauch kann man ferner mit Hummel-Specht (Kommentar z. StempG. S. 241 Bem. 15 zu § 16) verneinen, wenn die Urkunde vom Ausländer in das Inland nur mitgebracht oder einem anderen dort zur Aufbewahrung gegeben ist — sofern eben der andere nicht der Gläubiger ist, der sie sich aushändigen läßt und dadurch zu seinem Vorteile mit ihr verfährt.

* * *

Nr. 14. § 25 (**Erstattung bereits verwendeter Stempel**). Die Bestimmungen des § 25 über Erstattung bereits verwendeter Stempel enthalten lediglich Anweisungen an die Stempelsteuerbehörde und sind nur im Verwaltungswege, nicht im Rechtswege zur Durchführung zu bringen.

Urt. des VII. ZivSen. vom 4. April 1905. 66. 05.

Siehe die Ausführungen des nachfolgenden Urteils, in denen der obige Satz ausgesprochen ist.

* * *

Nr. 15. § 26 (**Rechtsweg**). Ein zur Zeit seiner Entrichtung rechtmäßig erforderter Stempel kann deshalb, weil hernach die Voraussetzungen, die seine Einforderung rechtfertigten, weggefallen sind, nicht im Rechtswege, sondern nur im Verwaltungswege zurückgefordert werden.

Urt. des VII. ZivSen. vom 4. April. 1905. 66. 05.

Der Verkäufer eines Grundstückes hatte den Veräußerungsvertrag wegen Betruges mit Erfolg angefochten und ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, durch welches der Kaufvertrag und die erfolgte Auflassung für nichtig erklärt wurde. Er forderte darauf mit Klage vom Fiskus den von ihm entrichteten Kaufstempel zurück. Der Fiskus erhob die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Die beiden ersten Instanzen verwarfen diese Einrede, das Revisionsgericht erachtete sie für begründet und wies die Klage ab. Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Die Ansicht der Vorinstanzen, daß in der gegenwätigen Sache der Rechtsweg zuläßig sei, kann nicht geteilt werden.

Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht sowie dem Kommentar von Heinitz zum StempG. (3. Aufl. S. 205) darin, daß durch die Bestimmung in § 26 des StempG. vom 31. 7. 95 der Rechtsweg für den erhobenen Anspruch nicht eröffnet ist. Wenn es hier heißt: „In Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung einer Stempelabgabe ist der Rechtsweg zuläßig," so ist anzuerkennen, daß die Tragweite dieser Bestimmung einer verschiedenen Beurteilung fähig ist. Allein der erkennende Senat glaubt aus den Gründen, die hierfür weiter unten in anderem Zusammenhange geltend zu machen sind, diese Bestimmung dahin auslegen zu müssen, daß sie nur diejenigen Fälle im Auge hat, in denen es sich um die Frage handelt, ob nach den zur Zeit der Einforderung, Zahlung oder Beitreibung des Stempels vorhandenen Voraussetzungen eine Verpflichtung zu dessen Entrichtung bestand. Der Rechtsweg findet alsdann nicht nur in der Form der Feststellungsklage darüber statt, ob der eingeforderte, aber noch nicht bezahlte Stempel mit Recht beansprucht wird, sondern auch in der Form der Leistungsklage darüber, ob der freiwillig bezahlte oder beigetriebene Stempel von dem Fiskus zurückzuzahlen ist, weil er zur Zeit der Zahlung oder Beitreibung gesetzlich nicht erfoderlich war, also zu Unrecht verlangt worden ist. Dagegen ist in der Bestimmung des § 26 nicht auch der hier vorliegende Fall einbegriffen, in welchem zur Zeit der Entrichtung des Stempels eine unbestreitbare und unbestrittene Verpflichtung hierzu bestand, in welchem mithin der Fiskus zu dieser Zeit einen rechtmäßigen Anspruch auf den Stempel hatte, in welchem dann aber später nach der Angabe desjenigen, der die Stempelabgabe entrichtet hat, ein Recht des Fiskus auf das Behalten des Stempels nicht mehr bestehen soll, weil die Voraussetzungen, welche die Einforderung des Stempels rechtfertigten, hinterher weggefallen sind. Läßt sich die Verfolgung eines solchen Anspruchs vor dem Richter aus dem § 26 nicht herleiten, so gilt dies in verstärktem Maße von dem § 25 des Stempelgesetzes; denn dieser begründet überhaupt keine im Rechtswege verfolgbaren Ansprüche, sondern enthält lediglich eine im Verwaltungswege zur Durchführung zu bringende gesetzliche Anweisung an die Stempelsteuerbehörde, entrichtete Stempelabgaben unter gewissen, näher angegebenen Voraussetzungen zu erstatten. Diese Auslegung des § 25 ergibt sich mit Sicherheit aus der Bestimmung im Abs. 1 Satz a daselbst. Der Rechtsweg darüber, ob ein verwendeter Stempel zur Zeit seiner Entrichtung gesetzlich nicht erforderlich war, findet auf Grund des § 26 statt; er ist aber dadurch eingeschränkt, daß die Klage binnen 6 Monaten nach der Beitreibung oder Zahlung erhoben werden muß. Wenn nun die Bestimmung im § 25 Abs. 1 Satz a denselben Fall behandelt, indem sie vorschreibt, daß ein verwendeter, aber gesetzlich nicht erforderlicher Stempel erstattet werden soll, dabei jedoch die Frist, innerhalb deren der Erstattungsanspruch angebracht werden muß, auf zwei Jahre nach der Entrichtung des Stempels festsetzt, so kann sie unmöglich die Begründung eines im Rechtswege verfolgbaren Anspruchs beabsichtigen; denn sie würde alsdann in unlösbaren Widerspruch treten mit der gedachten Bestimmung im § 26, wonach der Rechtsweg nur binnen 6 Monaten stattfindet. Unter allen Umständen stellt daher die Bestimmung, daß der Stempel in dem angegebenen Falle noch in einem die Zeit von 6 Monaten übersteigenden weiteren Zeitraum von 1 ½ Jahren von den Stempelsteuerbehörden zu erstatten ist, ausschließlich eine nur im Verwaltungswege verfolgbare Anweisung an diese dar. Es ist aber klar, daß die Vorschrift gemäß ihrer Natur nicht geteilt werden kann, soweit sie sich auf die ersten 6 Monate und die weiter folgenden 18 Monate bezieht. Sie trägt vielmehr einen einheitlichen Charakter für die ganzen zwei Jahre, also auch für die ersten 6 Monate, nämlich den einer ausschließlichen Anweisung an die Stempelsteuerbehörden. Sie hat hiernach überhaupt nichts mit dem Rechtswege zu tun; dieser begründet und bestimmt sich vielmehr hinsichtlich der Erstattung verwendeter, aber gesetzlich nicht erforderlich gewesener Stempel allein durch den § 26. Genau dasselbe muß von den Bestimmungen unter b und c im Abs. 1 des § 25 gelten. Solches folgt mit Notwendigkeit schon daraus, daß diese Bestimmungen unter den sie als gleichheitlich zusammenfassenden Eingangsworten stehen: „Die entrichtete Stempelsteuer wird entrichtet" (a., b., c.,). Jene Eingangsworte bedeuten, wie eben dargelegt ist, soviel als „die Stempelsteuerbehörden werden hiermit angewiesen" oder „den Stempelsteuerbehörden wird hiermit die Verpflichtung auferlegt, den Stempel zu erstatten, wenn." Unter dieses „wenn," mit anderen Worten, unter die Fälle, in denen jene Verpflichtung der Stempelsteuerbehörden eintreten soll, ist auch der hier in Betracht kommende unter c behandelte Fall gestellt worden. Diese Auslegung findet eine Bestätigung durch ihren Inhalt. Wenn hier gesagt ist, daß die Erstattung erfolgen soll, wenn sie binnen zwei Jahren „nachgesucht" wird, so erhellt ohne weiteres aus diesem Ausdruck selbst, daß lediglich ein „Nachsuchen" bei den Stempelsteuerbehörden gemeint ist. Auch die Bestimmung unter c im Abs. 1 des § 25 hat hiernach nichts mit dem Rechtswege zu tun und begründet keinen im Rechtswege verfolgbaren Anspruch.

Die vorstehende Auffassung erscheint um so gerechtfertigter, als bei ihr erstens die Abs. 1 und 2 des § 35 alsdann in klaren systematischen Zusammenhang zu einander treten; indem Abs. 1 diejenigen Fälle behandelt, in denen die Stempelsteuerbehörde den Stempel erstatten *soll*, Abs. 2 dagegen diejenigen, in denen sie ihn (aus Billigkeitsgründen) erstatten *kann*. Da es sich in ersterem Falle um eine Verpflichtung sowie um rechtliche Erwägungen handelt, ist dem entsprechend, wie aus der Fassung zur Genüge erhellt, über die Erstattung eventuell in zwei Instanzen zu entscheiden, nämlich in erster von den Provinzialsteuerbehörden, in zweiter von dem Minister; im anderen Falle dagegen, in welchem Ermessen und Billigkeit maßgebend sind, ist die Entscheidung sofort in die Hände des Ministers gelegt. Ebenso durchsichtig und einfach stellt sich aber zweitens bei dieser Auffassung auch das systematische Verhältnis zwischen den § 25 und 26 dar: § 25 betrifft ausschließlich den Verwaltungsweg, § 26 ausschließlich den Rechtsweg. Hiernach kann auf keinen Fall die von Heinitz a. a. O. 206 und in Übereinstimmung mit ihm von dem Berufungsrichter vertretene Ansicht für richtig gehalten werden, daß die Geltendmachung eines nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Rechtswege verfolgbaren Anspruches der vorliegenden Art zur Voraussetzung habe, daß die Erstattung innerhalb der zweijährigen Frist bei der Verwaltungsbehörde nachgesucht werde, oder daß, wie der Berufungsrichter es ausdrückt, dies die actio erst nata mache, und daß der Anspruch, wenn dies nicht geschehe, mit Ablauf der zweijährigen Frist erlösche. Da der § 25 Abs. 1 c, wie oben erörtert ist, überhaupt keinen im Rechtswege verfolgbaren Anspruch zum Gegenstand hat, sondern lediglich einen *verwaltungsrechtlichen* Anspruch begründet und allein *dessen* Voraussetzungen regelt, so müßten, falls ein Anspruch der vorliegenden Art im Rechtswege verfolgbar wäre, die Voraussetzungen für *seine* Geltendmachung ausschließlich und selbständig nach den betreffenden privatrechtlichen Bestimmungen beurteilt werden. Die Bestimmung im § 25 Abs. 1 c könnte in keiner Richtung hier eingreifen.

Ist durch das Vorstehende das Ergebnis gewonnen, daß der Rechtsweg für den erhobenen Anspruch weder durch § 26 des StempG. eröffnet ist, weil dieser Fälle solcher Art nicht betrifft, noch auch durch § 25 desselben Gesetzes, weil über den Rechtsweg überhaupt nichts bestimmt, so bleibt nur die Frage übrig, ob etwa der Rechtsweg nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist. Der Berufungsrichter und Heinitz bejahen diese Frage. Es kann ihnen indessen hierin nicht beigetreten werden. Es bedarf keiner Stellungnahme des erkennenden Senats zu den Aussprüchen allgemeinen Inhalts, welche in dem in den Entsch. des RG. 22, 288 veröffentlichten Urteil enthalten sind und auf welche sich Heinitz zur Begründung seiner Ansicht beruft; denn im gegenwärtigen Falle handelt es sich um ein bestimmtes, abgegrenztes Gebiet, nämlich um das Gebiet der staatlichen allgemeinen Abgaben, — und zu diesen gehört die Stempelsteuerabgabe, — in seiner Regelung durch das *preußische* Recht, in besonderen also um die Frage, ob nach den auf diesem Gebiet bestehenden allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechts für einen Anspruch der vorliegenden Art der Rechtsweg zugelassen ist. Diese Frage ist zu verneinen.

Das bezeichnete Gebiet wird auch jetzt noch im wesentlichen von dem allgemeinen Grundsatz des § 78 Teil II Titel 14 des Allg. Landrechts und des § 36 der Verordnung vom 26. 12. 1808 (wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden u. s. w.) beherrscht, nach welchem „über die Verpflichtung zur Entrichtung allgemeiner Anlagen und Abgaben, denen sämtliche Einwohner des Staates unterworfen sind, kein Prozeß stattfindet." Die Bedeutung dieses die Regel bildenden Grundsatzes ist in erster Reihe die, daß derjenige, der von den nach der Organisation des Staates mit der Erhebung der allgemeinen Abgaben betrauten Verwaltungsbehörden wegen Entrichtung einer solchen Abgabe in Anspruch genommen wird, nicht vor der Zahlung gegen solche Inanspruchnahme den Schutz des Richters auf Grund der Behauptung anrufen kann, daß er nach den für jene Abgaben bestehenden Bestimmungen zu der ihm angesonnenen Zahlung nicht verpflichtet sei. An zweiter Stelle schließt dieser Grundsatz, wie dies auch bereits von dem IV. Zivilsenat des RG. in dem im JMBl. 1897, 276 veröffentlichten Urteil anerkannt ist, die notwendige logische Folge in sich, daß derjenige, der wegen einer solchen Abgabe in Anspruch genommen wird, auch nicht in der Weise die Frage seiner Abgabenpflicht im Rechtswege zur Entscheidung bringen kann, daß er zuvor zahlt und alsdann vor dem Richter Klage gegen den Fiskus auf Rückzahlung der entrichteten Abgabe erhebt, indem er diesem Begehren das privatrechtliche Gewand der condictio indebiti oder der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung umhängt. Denn in beiden Fällen handelt es sich um ein und dieselbe Streitfrage; der Unterschied besteht lediglich in der für die Entscheidung völlig belanglosen Tatsache, daß in dem einen Falle die Abgabe schon entrichtet ist, in dem anderen noch nicht, auch ist Sinn und Zweck der gedachten Bestimmungen nicht etwa der, daß nur die Einziehung der Abgaben durch die Beschreitung des Rechtsweges nicht gehindert werden, dieser aber im übrigen, also *nachher* eröffnet sein soll, sondern der für den Ausschluß des Rechtsweges maßgebliche Gedanke des Gesetzgebers geht, wie dies namentlich aus § 35 der VO. vom 26. 12. 1808 deutlich hervorleuchtet, dahin, daß der Streit über die Abgabenpflicht überhaupt nicht in den Rechtsweg gehört, „weil er sich zur richterlichen Erörterung nicht eignet." Die Konsequenz führt nun noch einen Schritt weiter. Ist der Rechtsweg ausgeschlossen über die Frage, ob der Fiskus die eingezogene Abgabe behalten darf, trotzdem nach der Behauptung des Klägers zur Zeit ihrer Entrichtung eine Verpflichtung hierzu nicht bestand, so ist nicht einzusehen, wie es für die Zulässigkeit des Rechtsweges einen Unterschied soll begründen können, wenn der Kläger geltend macht, nach den zur Zeit der Erholung der Abgabe bestehenden Verhältnissen habe der Fiskus zwar einen rechtmäßigen Anspruch hierauf gehabt, er habe aber das Recht sie zu behalten, verloren, weil hinterher die Voraussetzungen für die Abgabenpflicht wieder wegefallen seien. Der Zeitpunkt des Vorhandenseins der Voraussetzungen für das Entstehen oder das Fortbestehen der Abgabenpflicht kann auf das Wesen des über sie geführten Streites keinen Einfluß üben. Ist dieser Streit nach der Ansicht des Gesetzgebers wegen seiner Natur dem Rechtsweg überhaupt entzogen, so muß dies folgerichtig auch für einen Anspruch der vorliegenden Art Geltung haben. An diesen *allgemeinen* für das Gebiet der staatlichen Abgaben im preußischen Recht bestehenden Grundsätzen ist in der neueren Gesetzgebung zu Gunsten der Zulassung des Rechtsweges nicht nur nichts geändert worden, sondern es haben sogar die besonderen Annahmen, die zu Gunsten des Rechtsweges im § 79 flg. Teil II Titel 14 des Allg. Landrechts sowie in den §§ 9 und 10 des Gesetzes vom 24. 4. 61 über die Erweiterung des Rechtsweges zugelassen waren, dadurch eine Einschränkung zu Gunsten zwar nicht des Verwaltungsverfahrens doch aber des Verwaltungsstreitverfahrens erlitten. Da von den vorbezeichneten sowie den sonstigen zu Gunsten des Rechtsweges gemachten

Ausnahmen keine auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, ist auch nach den hier in Betracht kommenden allgemeinen Grundsätzen dem erhobenen Anspruch der Rechtsweg verschlossen.

Da im vorstehenden die Tragweite der Bestimmung im § 78 Teil II Titel 14 des Allg. Landrechts und § 36 der VO. vom 26. 12. 1808, daß über die „Verbindlichkeit zur Entrichtung" allgemeiner Abgaben kein Prozeß stattfinden soll, so weit gezogen ist, daß darunter auch der vorliegende Fall mit begriffen ist, so liegt der Schluß nahe, daß alsdann umgekehrt auch die Vorschrift im § 26 des StempG., wonach der Rechtsweg über die „Verpflichtung zur Entrichtung" einer Stempelabgabe zulässig ist, in gleich weitem Sinn zu verstehen, der vorliegende Fall also mit hierunter zu ziehen sei. Allein eine solche Gleichstellung der beiden Bestimmungen rechtfertigt sich trotz des hervorgehobenen annähernd übereinstimmenden Wortlautes nicht. Die Auslegung der §§ 78 und 36 a. a. O. wird nicht allein durch ihren Wortlaut sondern vor allem durch ihren allgemeinen Sinn und Zweck und ihren Zusammenhang mit anderen Bestimmungen begründet. Im Falle des § 26 verbietet aber der Vergleich und Zusammenhang mit anderen Bestimmungen, nämlich mit dem vorhergehenden § 25, sowie der weitere Inhalt des § 26 selbst, ihm die vorbezeichnete Ausdehnung zu geben. Hält man nämlich den ganzen Abs. des § 25 und insbesondere die Bestimmung unter c neben den § 26, so springt sofort in die Augen, daß der Wortlaut des § 26 ein beschränkterer ist und den Fall des § 25 Abs. 1 c nicht mit umfaßt, obgleich es doch, wenn er mit darunter hätte begriffen werden sollen, zweifellos nicht schwer gewesen wäre, eine entsprechende, weitere Fassung zu finden. Abgesehen von dem Wortlaut aber, der immerhin möglicherweise einer ausdehnenden Auslegung fähig wäre, ist der sachliche Grund ausschlaggebend, daß die fernere Bestimmung des § 26, wonach die Klage bei Vermeidung des Klagerechtes binnen sechs Monaten nach der Beitreibung oder Zahlung des Stempels angestellt werden muß, mit einer Ausdehnung des Rechtsweges auf die im § 25 Abs. 1 c behandelten Fälle unverträglich ist. In überaus zahlreichen Fällen nämlich wird es ausgeschlossen sein, daß der Berechtigte die Klage binnen der Frist von 6 Monaten nach der Beitreibung oder Zahlung des Stempels erhebt, sei es, weil ihm während dieser Frist noch gar nicht bekannt geworden ist, daß das beurkundete und versteuerte Geschäft nichtig oder anfechtbar ist, sei es, weil er nicht in der Lage ist, innerhalb dieser Frist ein rechtskräftiges, die Nichtigkeit oder Ungültigkeit feststellendes Urteil zu erwirken. Hätte es wirklich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, dem § 26 die obengedachte Tragweite zu geben, so würde es an jedem erkennbaren Grunde dafür fehlen, daß alle diese Fälle von der Anwendung der Bestimmung ausgeschlossen sein sollten, es wäre vielmehr alsdann selbstverständlich gewesen, daß der Gesetzgeber teils eine längere Klagefrist bestimmt, teils wenigstens den Beginn der sechsmonatigen Frist nicht an die Beitreibung und die Zahlung, sondern an andere Tatsachen geknüpft hätte. Der Umstand, daß er dies nicht getan hat, beweist, daß es nicht in seinem Willen gelegen hat, die Zulässigkeit des Rechtsweges auf die Fälle vorliegender Art auszudehnen.

Zum Schlusse mag nicht unbemerkt bleiben, daß die Frage sich aufwerfen läßt, ob nicht der § 26 des Stempelgesetzes schlechthin die einzige und allein maßgebliche Bestimmung über die Zulässigkeit des Rechtsweges in bezug auf die Rückforderung bezahlter Stempelabgaben ist und sein will, so daß für ein Zurückgreifen auf allgemeine Grundsätze in bezug hierauf überhaupt kein Raum sei. Es bedarf im gegenwärtigen Falle indessen keiner Beantwortung dieser Frage, da, selbst, wenn sie zu verneinen wäre, wie gezeigt, auch nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsweg hier nicht eröffnet ist.

* * *

Nr. 16. § 36 (**Ausführungsbestimmungen des Finanzministers**). Die auf Grund des § 36 vom Finanz- und Justizminister zur Tarifst. 8 Abs. 3 erlassene Allgemeine Verfügung v. 29. Februar 1896 ist ebenso wirksam als wenn sie in das Gesetz selbst aufgenommen wäre.

Urt. des VII. ZivSen. vom 17. Nov. 1905. 68. 04.

Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht.

Von **Dr. Hans Fritz Abraham**, Berlin.

II. (Fortsetzung.[1])

Die Sanierung.

Zwei verschiedene Ziele strebt die Sanierung an: die Beseitigung der Unterbilanz und die Beschaffung des neuen Kapitals. Jedes dieser Ziele kann getrennt verwirklicht werden. Man kann die Unterbilanz durch Kapitalherabsetzung oder Amortisation tilgen, und erst nach Durchführung dieses Teils der Transaktion die neuen Mittel durch Kapitalerhöhung, Ausgabe von Obligationen oder auf andere Weise beschaffen. (Bemerkt sei, daß bei der G. m. b. H. auf Grund des § 58 Ziff. 3 des G. m. b. H. Gesetzes die Kombination von Kapitalherabsetzung und Erhöhung auf Schwierigkeiten stößt; vgl. Staub-Hachenburg Komm. zu § 58 a. a. O. Anm. 42 und Liebmann Komm. Anm. 7 zu § 57 a. a. O.)

In stempelrechtlicher Beziehung bietet dieses Verfahren keine Besonderheiten. Über Kapitalherabsetzung und Amortisation ist in dem vorangehenden Teil dieser Abhandlung bereits ausführlich gesprochen worden. Eine Kapitalerhöhung führt zur Entrichtung der Emissions-, der Schlußnotensteuer und des Landesstempels nach TSt. 1 a, 4 a Abs. 2 des RStG. und der TSt. 25 des preußischen Gesetzes. Hervorgehoben sei noch einmal, daß die Verwendung der alten Aktienurkunden bei Ausgabe der jungen Anteile die Entrichtung des Emissionsstempels nicht ausschließt (vgl. oben S. 68). Die Ausgabe von Obligationen und Genußscheinen unterliegt den Regeln der TSt. 2, Anmerkung zu TSt. 1 und 2, und TSt. 4 a Ziff. 1 und 3 des Reichsstempelgesetzes.

[1]) Vgl. S. 4. 63. 90.

Die Kombination von Kapitalherabsetzung und Erhöhung bedeutet steuertechnisch, insbesondere mit Rücksicht auf die Entrichtung des Emissionsstempels, eine außerordentliche Verschwendung. Der Emissionsstempel ist nach seinem Wesen, dem er allerdings durch die Novelle von 1906 entfremdet ist (vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschr. S. 176), eine Abgabe, die auf der Mobilisierung[2]) des Kapitals, auf der Schöpfung neuer Wertpapiere ruht. Die Vermehrung des Effektenumlaufs wird durch die Emissionssteuer getroffen. Von einer solchen Vermehrung ist aber bei der Sanierung nicht die Rede, jedenfalls nicht insoweit, als die jungen Aktien die kurz zuvor eingezogenen Anteile ersetzen. Gleichwohl führt die gewählte juristische Form, die Kombination von Herabsetzung und Erhöhung, mit Notwendigkeit zu einer Emission und damit zur Entrichtung des Effektenstempels. Die Gestaltung der Transaktion zwingt dazu, das Gut, welches man in den abgestempelten Aktien besitzt, zu verschleudern, um es alsbald neu zu schaffen.

Soweit möglich, wird man daher diese Form der Sanierung vermeiden. Notwendig ist sie allerdings vielfach aus besonderen Gründen. Einmal ist die Kapitalherabsetzung — bezw. die Amortisation — das einzige Mittel, die Aktionäre zur Aufgabe ihrer Anteile zu zwingen. Alle übrigen Sanierungsformen können nur unter freiwilliger Mitwirkung der Aktionäre durchgeführt werden. Ferner liegt es nahe, Kapitalherabsetzung und Neuausgabe der Aktien streng zu scheiden, wenn die Mitglieder, die die Aktien aufgeben, und die Personen, die die jungen Aktien übernehmen, nicht identisch sind. Ich denke hier an den Fall, daß die Inhaber der Aktien zur Aufbringung neuer Mittel unlustig sind, und daß die Gesellschaft sich an Dritte, etwa an ein Bankenkonsortium, um Unterstützung wendet. In diesem Falle ergibt sich eine Selbständigkeit der beiden Sanierungsstadien mit einer gewissen Natürlichkeit. Durch die Kapitalherabsetzung werden zunächst die Rechte der bisherigen Aktionäre in dem erforderlichen Umfange gekürzt; mit der Kapitalerhöhung wendet man sich darauf an diejenigen Kreise, die das neue Kapital einlegen.

* * *

Sofern die bisherigen Aktieninhaber bereit sind, das fehlende Kapital aufzubringen, wird man meist den Weg der Zuzahlung wählen; zur Gewährung von Zuschüssen sind allerdings die Aktionäre nicht verpflichtet. Leisten sie die Zuzahlung freiwillig, und wahren sie hierdurch ihr volles Aktienrecht, so verändern die über ihre Mitgliedschaft ausgestellten Urkunden dadurch nicht ihre steuerrechtliche Identität. Eine Emissionssteuer ist nicht zu entrichten. Gleichgiltig ist für die Effektenbesteuerung, daß die inneren Verhältnisse der Aktiengesellschaft andere werden, daß durch die Einzahlungen das Gesellschaftskapital verstärkt wird. Steuerrechtlich bedeutungslos wäre es auch, wenn die Zuzahlung so hoch bemessen würde, daß nach Leistung des Zuschusses der Wert der Anteile ihren Nennbetrag überstiege. — Für die Steuer kommt es nur darauf an, daß der Nennbetrag der Aktienurkunden derselbe bleibt; dieser Umstand ist der maßgebende, nicht eine etwaige Veränderung der Werte, welche durch die Urkunden repräsentiert werden (ebenso RGE. 2. 2. 06, JW. S. 183, bei Loeck Komm. RStG. S. 198).

Meist werden die Aktien, auf die eine Zuzahlung geleistet wird, der Gesellschaft zum Zwecke der Abstempelung eingeliefert. Die Gesellschaft bescheinigt auf den Urkunden, daß der Zuschuß gezahlt ist, und gibt die Papiere zurück. Eine Schlußnotensteuer kommt hierfür nicht in Betracht. Ein Anschaffungsgeschäft liegt nicht vor, ebensowenig eine Ausreichung an die ersten Erwerber im Sinne der TSt. 4a Abs. 2 RStG.; denn die Urkunden sind die alten geblieben; die Aktionäre, welche die Wertpapiere zurückerhalten, sind nicht erste Erwerber neuer Aktien, sondern bekommen nur ihr altes Eigentum wieder.

Im Gegensatz zu den Rechtsverhältnissen bei der Aktiengesellschaft, können bei der bergrechtlichen Gewerkschaft die einzelnen Mitglieder zur Leistung von Zubußen gezwungen werden (vgl. §§ 102, 129 des preuß. allgemeinen Berggesetzes, wegen des Abandonrechtes § 130 a. a. O.). Für diese Zubußen ist regelmäßig eine Reichssteuer von 1% des eingeforderten Betrages in gleicher Weise wie bei der Ausgabe neuer Kuxscheine zu entrichten (TSt. 1c RStG.). Steuerfreiheit tritt indessen ein, soweit die Zubußen der Deckung von Betriebsverlusten dienen oder zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt sind und verwendet werden. Also gerade in den Fällen, wo die Zubußen der Sanierung der Gewerkschaft dienen, ist ihre Einforderung steuerfrei (über Einzelheiten vgl. Loeck Komm. RStG. S. 254/5).

[2]) Man könnte vielleicht besser, statt von einer Mobilisierung, von einer Fungibilisierung des Kapitals sprechen. Das Vermögen einer Aktiengesellschaft besteht bereits zum Teil aus beweglichem, mobilem Vermögen. Dieses wird also durch die Ausgabe von Wertpapieren nicht eigentlich mobilisiert. Charakteristisch ist vielmehr, daß die mannigfach verschiedenen, individuellen Bestandteile des Vermögens der Aktiengesellschaft durch eine Menge gleichartiger, gleichwertiger, vertretbarer Urkunden, fungibler Sachen im Sinne des § 91 BGB. ersetzt werden. Daher der vorgeschlagene Ausdruck: „Fungibilisierung." Im Rahmen der Abhandlung sei aber vorläufig das eingebürgerte Wort „Mobilisierung" beibehalten.

Neben diesen Fragen des Reichssteuerrechtes müssen wir auch die landesrechtlichen Probleme erörtern. Ist die Zuzahlung der Aktionäre landessteuerpflichtig? Ehe wir hierauf antworten, müssen wir uns über das Wesen der Zuzahlung genauer unterrichten.

Die Zuzahlung ist eine Einlage.

Von einer Einlage, von einem Einbringen in eine Aktiengesellschaft spricht man dann, wenn dem Inferenten für die Überlassung von Vermögen Mitgliedschaftsrechte gewährt werden; insbesondere sind also die Einzahlungen auf das Grundkapital bei der Gründung und der Kapitalerhöhung Einlagen.

Der Begriff der Einlagen ist jedoch auf die beiden letztgenannten Fälle nicht beschränkt. Einlage ist die dauernde Dotierung des Gesellschaftsfonds mit Vermögenswerten seitens der Gesellschafter als solcher (vgl. Laband's Definition bei Rehm, Bilanzen S. 345). Eine Leistung auf das Gesellschaftskapital muß vorliegen, nicht notwendig eine Dotierung des Grundkapitals, es kann sich auch um eine Speisung des sonstigen Stammvermögens, insbesondere des Reservefonds handeln. Als Einlage wird demnach insbesondere in heute unbestrittener Theorie und Praxis das Aktienemissionsagio angesehen. (Vgl. auch in den vorangehenden Erörterungen, Jahrg. 1906 S. 180 Anm. 23a.) Zahlt jemand für den Erwerb einer Aktie 130%, so ist das Agio von 30% nicht zur Gewinnverteilung bestimmt, es ist ein Beitrag zum Gesellschaftsvermögen und fließt nach § 262 Ziff. 2 in den Reservefonds. (Die Frage über die Rechtsnatur des Agios war eine der strittigsten des ganzen Aktienrechtes. Die gegenwärtige Studie ist eine steuerrechtliche und begnügt sich damit, hinsichtlich der Resultate der aktienrechtlichen Forschung auf die Begründung von Simon, Bilanzen S. 82 ff. und Rehm Bilanzen S. 345 ff. zu verweisen.)

Ebenso wie das Agio ist auch die Zuzahlung Einlage. Dient die Zuzahlung der Beseitigung einer Unterbilanz, wird durch sie das Grundkapital wieder auf die Höhe seines Nennbetrages gebracht, so ist der Charakter der Zuzahlung als Beitrag zum Gesellschaftsvermögen augenfällig. Aber auch dann, wenn durch eine Zuzahlung eine Vermehrung des Gesellschaftskapitals über den Nennbetrag hinaus bewirkt wird, ist dieser Mehrbetrag Gesellschaftseinlage, und fließt er in den Reservefonds. Für den Fall, daß Vorzugsrechte für die Zuzahlung gewährt werden, ist diese Verwendung durch § 262 Ziff. 3 HGB. ausdrücklich vorgeschrieben. (Vgl. Simon a. a. O. S. 223 ff. Rehm a. a. O. S. 373 ff. und RGE. 2. 2. 06, JW. S. 183.)

Ein wesentliches Merkmal dafür, ob eine Leistung an die Gesellschaft eine Einlage ist, zeigt sich in der Art ihrer Buchung. Führt die Überlassung des Vermögens lediglich zu einer Verschiebung unter den Aktiven der Gesellschaft, so kann es sich nicht um eine Einlage handeln. Ein Einbringen ist nur dann zu konstatieren, wenn auch die Passiv-Posten: „Grundkapital" oder „Reservefonds" beeinflußt werden. Einige Beispiele erläutern dies.

Die Bilanz einer Gesellschaft mag lauten:

Kassa	100 000 Mk.	Grundkapital	500 000 Mk.
Andere Aktiva	400 000 „		
Summa	500 000 Mk.	Summa	500 000 Mk.

Für 100 000 Mk. wird ein Grundstück erworben. In diesem Falle tritt anstelle des Kassapostens das Grundstück. Lediglich die Aktiven ändern sich, das Grundkapital bleibt unberührt. Es ist selbstverständlich, daß dieser Erwerb gegen Barzahlung keine Einlage ist.

Würde man beim Erwerbe des Grundstücks als Entgelt dem Verkäufer Obligationen gewähren, so würden sich die Aktiven um 100 000 Mk., die Passiven um den gleichen Betrag erhöhen. Ein neuer Passivposten: „Obligationen" wäre zu verzeichnen. Das Grundkapital bliebe auch hier gänzlich unberührt, von einer Einlage wäre nicht die Rede.

Sobald die Gesellschaft das Kapital um 250 000 Mk. erhöht, und die neuen Aktien zum Nennbetrage ausgegeben werden, erhält die Bilanz folgendes Bild:

Bisherige Aktiva	500 000 Mk.	Grundkapital	750 000 Mk.
Zahlung auf die jungen Aktien	250 000 „		
Summa	750 000 Mk.	Summa	750 000 Mk.

Jetzt hat sich die Ziffer des Grundkapitals geändert. Die 250 000 Mk. sind offensichtlich Einlage.

Würden die jungen Aktien nicht zum Nennbetrage, sondern zu 110% ausgegeben, so wäre das Resultat:

Bisherige Aktiva	500 000 Mk.	Grundkapital	750 000 Mk.
Zahlung auf die jungen Aktien	275 000 „	Reservefonds	25 000 „
Summa	775 000 Mk.	Summa	775 000 Mk.

Das Agio von 25 000 Mk. ist in den Reservefonds geflossen. Die Zahlung des Agios hat nicht das Grundkapital beeinflußt, sie hat in dem Reservefonds ein Kapital geschaffen,

das zwar nicht mit dem Grundkapital identisch, aber doch Teil des Gesellschaftsvermögens ist. Das Agio ist Einlage.

Ich habe diese Buchungsformen deshalb so ausführlich mitgeteilt, weil gerade die Zuzahlung, die wir ebenfalls als Einlage bezeichneten, eine Ausnahme von dem Satz zu machen scheint, daß die Leistung einer Einlage die Passiv-Posten des Gesellschaftskapitals buchmäßig beeinflußt.

Ein Beispiel:

Aktiva	400 000 Mk.	Grundkapital	500 000 Mk.
Verlustsaldo	100 000 „		
Summa	500 000 Mk.	Summa	500 000 Mk.

Wird jetzt eine Zuzahlung im Betrage von 100 000 Mk. ausgeschrieben und geleistet, so ändert sich die Bilanz dahin:

Bisherige Aktiva	400 000 Mk.	Grundkapital	500 000 Mk.
Zuzahlung	100 000 „		
Summa	500 000 Mk.	Summa	500 000 Mk.

Man könnte hier einwenden, der Passivposten: „Grundkapital" sei durch die Zuzahlung völlig unbeeinflußt geblieben. Gerade die Einwirkung auf das Grundkapital soll aber doch das Wesen der Einlage bestätigen!

Der Einwurf hat nur eine scheinbare Berechtigung. Vor der Zuzahlung befindet sich unter den Aktiven ein Verlustsaldo von 100 000 Mk. Ein derartiger Posten weist darauf hin, daß Deckungsmasse für das Grundkapital nicht mehr in voller Höhe vorhanden ist. Unter den Passiven steht zwar noch das Grundkapital mit dem vollen Nennbetrage von 500 000 Mk. verzeichnet. Der Verlustsaldo auf der Aktivseite berichtigt diese Ziffer jedoch. Durch die Zuzahlung wird nun bewirkt, daß der Verlustsaldo, der Berichtigungsposten auf der Aktivseite, verschwindet. Die Höhe des gedeckten Grundkapitals ergibt sich jetzt aus der Ziffer der Passivseite allein. Wenn die Tatsache der Zuzahlung nicht äußerlich auf diese Ziffer eingewirkt hat, so ist dies für das Wesen der Sache unerheblich. Beeinflußt wurde der Berichtigungsposten und damit mittelbar auch das Grundkapital.

(Die Zuzahlung ist in unseren früheren Erörterungen über die steuerrechtliche Behandlung des Einbringens, insbesondere Jahrg. 1906 S. 176, noch nicht erwähnt. Die bezeichneten Ausführungen bedürfen insoweit der Ergänzung.)

Die in bar geleistete Zuzahlung der Aktionäre unterliegt nicht der Landessteuer. Bareinlagen der Aktionäre werden nach Tarifst. 25a PrStG. nur insoweit versteuert, als es sich um Einzahlungen auf das Grundkapital gelegentlich der Gründung oder der Kapitalerhöhung handelt. — Die Versteuerung von Zuzahlungen, die nicht in barem Gelde bestehen, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über das Einbringen von Vermögenswerten in eine Aktiengesellschaft (vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschr. S. 289 ff.).

Die Einforderung von baren Nachschüssen bei einer G. m. b. H. ist ausdrücklich nach Tarifst. 25a PrStG. der Steuer in gleicher Weise unterworfen, wie die Bareinzahlung bei einer Kapitalerhöhung (vgl. RGE. Bd. 54 S. 336). — Für Zuzahlungen anderer Art gilt dasselbe wie bei der Aktiengesellschaft.

Die Leistung einer Zubuße auf Kuxe unterliegt den gewöhnlichen Regeln über die Besteuerung des Gesellschaftsvertrages und ist grundsätzlich nach Tarifst. 71 Ziff. 2 PrStG. mit 1,50 Mk. zu verstempeln.

* * *

Der in steuertechnischer Beziehung vorteilhafte Weg der Kapitalbeschaffung durch Zuzahlung ist in der dargestellten Weise nur dann möglich, wenn die alten Aktionäre zur Hergabe von Mitteln bereit sind. — Die Aktiengesellschaft, die auf die Hilfe Dritter angewiesen ist, muß sich regelmäßig zu einer Kombination von Kapitalherabsetzung und -Erhöhung und zu den damit verbundenen Steuernachteilen bequemen.

Es bietet sich indessen ein dritter Weg, der es ermöglicht, auch dann, wenn die Aktionäre die Zuzahlung nicht leisten wollen, die bisherigen Aktienrechte in ihrem Bestande zu erhalten und das neue Kapital unter Ausnutzung dieser Aktienrechte, ohne Ausgabe junger Anteile heranzuziehen.

Wir geben wieder ein bilanzmäßiges Beispiel. Das Vermögen einer Aktiengesellschaft vor der Sanierung sei folgendes:

Aktiva	750 000 Mk.	Grundkapital	1 000 000 Mk.
Verlust	250 000 „		
Sa.	1 000 000 Mk.	Sa.	1 000 000 Mk.

Zur Beseitigung der Unterbilanz ist eine Zuzahlung von 250 000 Mk. erforderlich. Sofern die bisherigen Mitglieder einen solchen baren Zuschuß nicht leisten wollen, kann ihnen anheimgestellt werden, ein Viertel ihrer Aktienbeträge der Gesellschaft zur Verwertung zu überlassen und sich dadurch ihre übrigen Aktienrechte ungeschmälert zu erhalten. Gezwungen können sie hierzu nicht werden. Der Einfachheit halber sei jedoch angenommen, daß alle Mitglieder der Aufforderung nachkommen, und demnach jede vierte Aktie in den Besitz der Gesellschaft gelangt. Die Bilanz lautet nach Überlassung der Aktien folgendermaßen:

Bisherige Aktiva	750 000 Mk.	Grundkapital	1 000 000 Mk.
Eigene Aktien	250 000 „		
Sa.	1 000 000 Mk.	Sa.	1 000 000 Mk.

Die Dritten, die zur Beschaffung des Kapitals bereit sind, übernehmen jetzt die 250000 Mk. Aktien von der Gesellschaft selbst zum Pariwerte. (Auch eine Übernahme mit einem Agio ist möglich, bleibe aber zur Vermeidung von Komplikationen vorläufig unberücksichtigt.) Das Ergebnis ist der folgende Vermögensstand:

Bisherige Aktiva	750 000 Mk.	Grundkapital	1 000 000 Mk.
Neue Mittel	250 000 „		
Sa.	1 000 000 Mk.	Sa.	1 000 000 Mk.

(Nach den geschilderten Grundsätzen wurde die Sanierung der Heldburg Aktiengesellschaft im Jahre 1906 durchgeführt.)

Eine Emissionssteuer wird im Gefolge dieser Transaktionen nicht fällig. Die alten Aktien sind erhalten geblieben. Dadurch, daß die Gesellschaft vorübergehend den Besitz ihrer eigenen Anteile erlangt, gehen diese nicht unter. Das Wesen der Aktiengesellschaft als einer mit einem festen Grundkapital ausgerüsteten Korporation, ermöglicht es ihr, die eigenen Aktien zu erwerben und zu behalten. (§ 226 HGB.) Das Grundkapital wird durch den Erwerb eigener Anteile nicht herabgesetzt. Dazu bedarf es vielmehr der im Gesetze vorgeschriebenen besonderen Formen. Die Weitergabe der Aktien an die dritten Erwerber ist keine neue Emission.

Die Schlußnotensteuer verfällt für die Veräußerung der Aktien seitens der Gesellschaft, die ein gewöhnliches Anschaffungsgeschäft darstellt. Wert des Geschäftsgegenstandes ist der Kaufpreis.

Umsatzsteuerpflichtig ist auch die Überlassung der Aktien seitens der bisherigen Aktionäre an die Gesellschaft. Man könnte einwenden, es handle sich hier um eine unentgeltliche Überlassung von Aktien, die nicht unter den Begriff des Anschaffungsgeschäftes falle. Diese Anschauung ist verfehlt. Die Aktiengesellschaft gewährt den Mitgliedern für die Aufgabe ihrer Rechte eine Gegenleistung. Wenn in dem von uns gewählten Beispiele ein Mitglied, das vier Aktien besitzt, eine Aktie der Gesellschaft zur Verwertung überläßt, so verrechnet letztere die ihr zur Verfügung gestellte Aktie als Zuzahlung auf die übrigen, dem Mitgliede verbleibenden Anteile. Der innere Wert der auf 1000 Mk. lautenden Anteile beläuft sich vor der Sanierung auf 75% ihres Nennbetrages = 750 Mk. Stellt ein Mitglied der Gesellschaft eine Aktie zur Verfügung, so könnte er hierfür an sich eine Vergütung von 750 Mk. fordern. Diese wird jedoch als Zuzahlung von je 250 Mk. auf die drei anderen Aktien verteilt und verrechnet. In der Gutschrift auf die drei dem Mitgliede verbleibenden Anteile besteht die Gegenleistung der Aktiengesellschaft. Die Hingabe der Anteile an die Gesellschaft ist daher ein steuerpflichtiges Anschaffungsgeschäft, der Geschäftswert wird nach dem Werte der einzelnen Aktie vor der Sanierung berechnet.

Ein schlußnotensteuerpflichtiges Geschäft kann nach § 21 RStG. nicht dem Landesstempel unterliegen. Eine landesrechtliche Besteuerung kann daher für die Überlassung der Aktien an die Gesellschaft und für die Weitergabe an die dritten Erwerber nicht in Frage kommen. Wir können indessen mit so kurzen Worten nicht an der Frage vorbeigehen, ob der bei dem Verkauf der Aktien durch die Gesellschaft erzielte Erlös etwa den Charakter der Einlage hat, und ob deshalb der Einbringungsstempel des preußischen Rechts zu berücksichtigen ist.

(Ich habe die nunmehr folgende Erörterung etwas weiter ausgedehnt, als es der unmittelbare Zweck dieser Zeilen erfordert, da eine beschränkte Erörterung des Problems ein schiefes Bild meiner Anschauung gegeben hätte.)

* * *

Hat der von einer Aktiengesellschaft bei der Veräußerung ihrer eigenen Anteile erzielte Erlös den Charakter einer Einlage?

In jüngster Zeit ist ein Streit darüber entbrannt, ob das Entgelt, das geleistet wird, wenn eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Anteile veräußert, den Charakter einer Einlage auf das Gesellschaftskapital hat. Im Anschluß an die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 54 S. 128 und Bd. 62 S. 29 bejaht dies der Reichsgerichtsrat Sievers (Recht 1906 S. 977) Bondi (DJZ. 1906 S. 1250) und Hachenburger (Recht 1907 S. 226) verneinen es mit der gleichen Bestimmtheit. — (Der bisherige Streit dreht sich im wesentlichen darum, ob die Möglichkeit bestehe, wegen Irrtums, Täuschung und ähnlicher Mängel des Aktienerwerbes die Gegenleistung von der Aktiengesellschaft zurückzuverlangen; vgl. auch die Aufsätze von Bolze und Hagens in der Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht 1907 S. 3 und 241 ff.)

Meines Erachtens liegt die Wahrheit in der Mitte der beiden Anschauungen.

Bei der von uns geschilderten Sanierungstransaktion ist die Leistung der dritten Erwerber an die Gesellschaft eine Einlage.

Vor Übernahme der Aktien durch die neuen Erwerber bestand wirtschaftlich eine Unterbilanz,[3]) wenn sie auch durch die besondere Form der Buchung nicht hervortrat. Die Gesellschaft verfügte nur über Aktiva im Betrage von 750000 Mk., während der Nennbetrag des Aktienkapitals sich auf 1000000 Mk. belief. Daß unter den Aktiven auch 250000 Mk. eigene Aktien standen, erhöhte den Wert des tatsächlich vorhandenen Vermögens nicht. Denn diese Aktien repräsentierten nur die Werte, die ohnehin im Besitze der Gesellschaft waren. Diejenigen, die die Aktien von der Gesellschaft übernahmen, füllten das Gesellschaftskaptal durch den von ihnen gezahlten Erwerbspreis wieder auf. Sie leisteten eine Zuzahlung in bar anstelle der einzelnen Mitglieder, die diesen Zuschuß geweigert hatten. Ihre Zuzahlung als Einlage aufzufassen, entspricht dem natürlichen Wesen der Transaktion. (Würde in unserem Beispiele der Erlös der Aktien den Pariwert übersteigen, so hätte auch dieses „Agio" den Charakter der Einlage.)

Oben erwähnten wir, die Zahlung der Einlage müsse die das Gesellschaftskapital darstellenden Passivposten beeinflussen. Dies ist hier, ebenso wie bei der Zuzahlung, nur mittelbar der Fall. Die Grundkapitalsziffer selbst bleibt unberührt. Aber der Aktivposten: „Eigene Aktien", durch den der Passivposten „Grundkapital" — ebenso wie durch einen Verlustsaldo — berichtigt wird, erfährt eine Einwirkung.

Nicht immer können wir indessen von einer Einlage sprechen, sobald jemand von einer Aktiengesellschaft ihre eigenen Anteile kauft. Insbesondere der Bankverkehr bringt es mit sich, daß im gewöhnlichen Geschäftsgange die eigenen Anteile der Bank zufließen, um alsbald wieder veräußert zu werden. Bei der Beurteilung eines solchen Geschäftes ist folgendes beachtlich.

Unter normalen Verhältnissen verfügt eine Gesellschaft über ein Reinvermögen, das das Gesellschaftsstammkapital übersteigt. Bei der alljährlichen Bilanzaufstellung wird nicht der gesamte Gewinn zur Verteilung gebracht; abgesehen von einzelnen besonderen Zuwendungen (Pensionsfonds, Tantiemen usw.) wird ein Teil zum Reservefonds zugeschlagen, und vermehrt dadurch die Ziffer des Gesellschaftsvermögens. Ein weiterer Betrag verbleibt dem Unternehmen als sogenannter Gewinnvortrag. Dieser Gewinnvortrag stellt einen Überschuß über das Gesellschaftsvermögen dar.[4]) Die Eröffnungsbilanz einer Aktiengesellschaft können wir also folgendermaßen skizzieren:

Aktiva	1800000 Mk.	Grundkapital	1000000 Mk.
		Reservefonds	200000 „
		Passiva	500000 „
		Durch den Gewinnvortrag gebildeter Überschuß	100000 „
Sa.	1800000 Mk.	Sa.	1800000 Mk.

Diese Bilanz lehrt uns folgendes: das Reinvermögen der Gesellschaft besteht aus 1300000 Mk. (Aktiva im Betrage von 1800000 Mk. weniger Passiva im Betrage von 500000 Mk.) Hiervon sind durch das Gesellschaftskapital (Grundkapital + Reserven) 1200000 Mk. gebunden. 100000 Mk. sind der Überschuß über das Gesellschaftsstammvermögen hinaus.

Im Laufe des Geschäftsjahres wird unter gewöhnlichen Verhältnissen ein Gewinn erzielt. An einem beliebigen Tage mag der bis dahin erzielte Geschäftsgewinn weitere 100000 Mk. betragen haben. Die Bilanz lautet dann:

Aktiva (unter Hinzurechnung des Verdienstes von 100000 Mk.):		Grundkapital	1000000 Mk.
		Reservefonds	200000 „
	1900000 Mk.	Passiva	500000 „
		Ueberschuß (gebildet aus Gewinnvortrag und Zuwachs während des Geschäftsjahres)	200000 „
Sa.	1900000 Mk.	Sa.	1900000 Mk.

Das Reinvermögen weist jetzt 1400000 Mk. (Aktiva im Betrage von 1900000 Mk. weniger 500000 Mk. Passiva) auf. Der Überschuß des Reinvermögens von 1400000 Mk. über das Gesellschaftsstammvermögen von 1200000 Mk. beträgt an dem gewählten Tage insgesamt 200000 Mk.

Wenn die Korporation bei einem solchen Vermögensstande auch einige ihrer eigenen Aktien erwirbt und alsbald veräußert, so hat dies solange gar keine Beziehung zum Grundkapital der Gesellschaft, als dieses durch Aktiva anderer Art gedeckt ist. Nehmen wir an, die Gesellschaft sei im Besitze von 25000 Mk.

[3]) Herabgesetzt war deshalb aber das Grundkapital nicht!

[4]) Ich teile, im Gegensatz zu der herrschenden Theorie und der Praxis des Reichsgerichts, die Ansicht Rehms (Bilanzen S. 544), daß der Gewinnvortrag nicht Reservefonds ist!

eigenen Aktien. Durch den Erwerb dieser Aktien wird zunächst das Grundkapital in keiner Weise herabgesetzt. Dies könnte nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen geschehen. Mangels einer derartigen Herabsetzung besteht das Kapital in alter Höhe weiter. -- Und dieses Grundkapital ist, auch wenn wir die eigenen Aktien ganz außer Betracht lassen, voll gedeckt. In unserem Beispiel hatten wir das Reinvermögen der Gesellschaft so hoch bemessen, daß es gegen das Gesellschaftsstammvermögen noch einen Überschuß von 200000 Mk. aufwies. Welche Bedeutung soll es da für das Grundkapital haben, daß ein Betrag von 25000 Mk. eigenen Aktien im Besitze der Gesellschaft ist, wo doch die sonstigen Aktiva den zur Deckung des Grundkapitals erforderlichen Betrag weit übersteigen. Bedeutungslos ist es für das Grundkapital, wenn diese eigenen Aktien veräußert werden, und die Gegenleistung der Gesellschaft zufließt. Auch buchmäßig treten diese Vorgänge in keiner bei Beziehung zu der das Gesellschaftsvermögen darstellende Passivposten! Es ist mir unerklärlich, wie in diesem Falle der Kaufpreis als Einlage angesehen werden könnte. Die Bilanz zeigt uns, daß — ohne Rücksicht auf den Bestand an eigenen Aktien – das gesamte Gesellschaftsvermögen durch Einlagen voll gedeckt ist, daß jeder einzelne Anteil am Gesellschaftsvermögen seinen Gegenwert auf der Aktivseite hat. Es kann doch jetzt nicht auf die veräußerten Aktien noch einmal eine Einlage gemacht werden. Dann wären ja hinsichtlich eines Teils des Grundkapitals die Einlagen doppelt vorhanden! Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft ist kein ausgesonderter Teil des Gesamtvermögens. Seine Höhe ist eine Ziffer, durch die ein entsprechender Teil der Aktiva vor der Verteilung an die Aktionäre bewahrt wird. Das Grundkapital ist voll gedeckt, sofern ein seiner Ziffer entsprechendes Vermögen, abgesehen von eigenen Aktien, sich im Besitze der Gesellschaft befindet. Ist das der Fall, so ist eine Leistung weiterer Einlagen auf das Grundkapital nur möglich, wenn man es erhöht. In unserem Beispiele sind sämtliche Einlagen ungeschmälert im Besitze der Gesellschaft. Der bei der Veräußerung der eigenen Aktien erzielte Erlös kann neben dem bereits vorhandenen Einlagekapital nicht auch noch Einlage werden.

Etwas anderes könnte gelten, wenn der Betrag der eigenen Aktien die Summe des bilanzmäßigen Überschusses überstiege. Würde die Gesellschaft 300000 Mk. ihrer eigenen Aktien besitzen, so würden die sonstigen Aktiva nur noch ein Reinvermögen von 1100000 Mk. (1400000 weniger 300000 Mk.) ausmachen. In diesem Falle wäre das Gesellschaftsstammkapital (1200000 Mk.) durch Aktiva anderer Art nicht mehr voll gedeckt. Würde die Gesellschaft ihre eigenen Aktien jetzt veräußern, so würde durch den Erlös das Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt. Es wäre möglich, in diesem Falle von einer Einlage zu sprechen.

Unser Ergebnis ist: Veräußert eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Anteile, so kann der erzielte Erlös den Charakter einer Einlage nur dann haben, wenn die vor der Veräußerung der Aktien im Besitze der Gesellschaft befindlichen sonstigen Aktiva das Gesellschaftsstammkapital nicht decken, mithin die Gegenleistung dazu dient, das Gesellschaftskapital wieder aufzufüllen. Ist dagegen vor der Veräußerung das Gesellschaftskapital durch Aktiva anderer Art voll gedeckt, so hat der Erlös nicht den Charakter einer Einlage.

Zu beachten ist noch folgendes: Die Einbringung ist ein Vertrag. Eine Einlage kann nur dann gemacht werden, wenn die Parteien sich bewußt sind, daß durch den Erwerb der Aktien das Gesellschaftskapital wieder aufgefüllt werden soll. Dies ist der Fall bei einer Sanierungstransaktion der von uns geschilderten Art. Nicht aber kann einem Kunden, der von einer Bank im gewöhnlichen Geschäftsbetriebe die eigenen Aktien dieses Unternehmens erwirbt, nachträglich entgegengehalten werden: Zur Zeit deines Kaufes war der Vermögensstand der Gesellschaft ein solcher, daß du durch den Kauf das Gesellschaftsvermögen wieder auffülltest. Du hast, ohne es zu wissen, eine Einlage auf das Gesellschaftsvermögen geleistet! — So darf man nicht argumentieren. Der Erwerber der Aktie muß sich zwar nicht der rechtlichen Konstruktion seines Geschäftes, wohl aber der Tatsache bewußt sein, daß er durch seine Beteiligung das Gesellschaftsvermögen ergänzt.

* * *

Die Zahlung der dritten Erwerber, die bei der von uns geschilderten Sanierungstransaktion einer Aktiengesellschaft ihre eigenen Anteile abkaufen, ist demnach eine Einlage; sofern sie in bar geschieht, ist auch ohne Berücksichtigung der Kollision mit der Schlußnotensteuer (vgl. oben), eine Landessteuer nicht verfallen. Denn die Bareinlage in eine Aktiengesellschaft ist nach TSt. 25a PrStG. nur zu versteuern, wenn es sich um eine Gründung oder eine Kapitalerhöhung handelt. Eine solche liegt nicht vor.

Es ist aber auch denkbar und, wie wir unten sehen werden, für die Zwecke finanzieller Transaktionen von erheblicher praktischer Bedeutung, daß die dritten Erwerber nicht bares Geld, sondern anderes Vermögen bei der Übernahme der Aktien einbringen; hier ist an die Besteuerung der Sacheinlagen nach TSt. 25 c PrStG. zu denken.

Wir erinnern uns der bekannten steuerrechtlichen Streitfrage, ob durch den Schlußnotenstempel der TSt. 4a Abs. 2 RStG. die landesrechtliche Besteuerung des Einbringens verhindert wird. Die Schlußnotensteuer ruht nach TSt. 4a Abs. 2 auf der Ausreichung von Aktien an die ersten Erwerber. Wir hatten uns im Anschluß an das Reichsgericht dafür ausgesprochen — vgl. Jahrg. 1906 S. 175 —, daß es möglich sei, neben dieser Steuer den Gründungsvertrag bezw. den Kapitalerhöhungsbeschluß mit dem Landesstempel zu belegen.

Etwas anderes gilt, wenn eine Aktiengesellschaft bereits bestehende Anteile, die sie im Besitze hat, veräußert. Eine solche Veräußerung ist ein gewöhnliches Anschaffungsgeschäft und wird nach TSt. 4a Abs. 1 Ziff. 3 versteuert. Das Entgelt wird unzweifelhaft von der Schlußnotensteuer mitbetroffen und kann nach § 21 RStG. nicht Gegenstand der Landessteuer sein.

Das Reichsgericht begründet die gleichzeitige Erhebung der Landes- und Reichssteuer bei der Gründung bezw. der Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft damit, daß die Schlußnotensteuer der TSt. 4a Abs. 2 RStG. lediglich auf der Ausreichung junger Aktien, nicht auf dem der Ausreichung zu Grunde liegenden Einbringen ruhe. Wir haben dieser Anschauung die Berechtigung abgesprochen. (Jahrg. 1906 S. 175.) — Aber auch vom Standpunkte des RG. ist bei der Veräußerung eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft eine Kollision zwischen Reichs- und Landesrecht gegeben; denn die Aktiengesellschaft veräußert bestehende Aktienrechte, es handelt sich nicht um eine Ausreichung an die ersten Erwerber, sondern um ein gewöhnliches, nach TSt 4a Abs. 1 RStG. stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft. Die auf diesem Geschäfte ruhende Schlußnotensteuer erfaßt aber, was selbstverständlich und auch vom RG. ständig ausgesprochen ist — vgl. RGE. Bd. 31 S. 17 —, das für die Aktien gezahlte Entgelt. Dieses Entgelt kann nicht als Einlage einer besonderen Landessteuer unterworfen werden. —

Nach unserer Auffassung ruht die Landessteuer, insoweit sie die Einlage bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft trifft, auf der Konstituierung neuer Mitgliedschaftsrechte, die neben der Ausreichung der jungen Aktien, der Mobilisierung des Gesellschaftskapitals, ein selbständiges Steuerobjekt bildet — vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschrift S. 174 ff. Bei dem Erwerbe bestehender Aktien aus den Händen der Gesellschaft werden neue Mitgliedschaftsrechte nicht geschaffen. Neben dem vom Reichsstempel erfaßten Anschaffungsgeschäft existiert nichts, was als selbständiger Gegenstand der Landessteuer in Betracht kommen könnte.

(Die vorangehende Darstellung weicht von der früher — Jahrg. 1906 dieser Zeitschrift S. 176 — vertretenen Auffassung insoweit ab, als dort bei der Veräußerung eigener Anteile durch eine Aktiengesellschaft das Entgelt niemals als Einlage angesehen wurde, während wir jetzt zugeben müssen, daß bei einer derartigen Veräußerung die Gegenleistung eine Einlage sein kann. Das Ergebnis beider Erörterungen ist jedoch für die Besteuerung des Aktienerwerbes dasselbe. Die Veräußerung bereits bestehender, eigener Anteile durch eine Aktiengesellschaft unterliegt nur der Schlußnotenbesteuerung, nicht dem Landessteuerrecht.)

Die Transaktionen, die wir für das Recht der Aktiengesellschaft geschildert haben, sind auch bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung möglich und bei diesen in gleicher Weise zu konstruieren. Auch die Mitglieder einer G. m. b. H. können ihre Geschäftsanteile der Gesellschaft zur Verwertung überlassen, worauf diese die Anteile zu veräußern in der Lage ist. (Über gewisse Beschränkungen vgl. § 33 des G. m. b. G.-Gesetzes.) Für das Recht der G. m. b. H. kommt lediglich die Landessteuer in Betracht.

TSt. 25a PrStG. unterwirft neben der Bareinlage bei der Gründung und Kapitalerhöhung eine G. m. b. H. auch die Verpflichtung zu baren Nachschüssen der Steuerpflicht. Zu diesen Nachschüssen rechne ich die Barzahlung, die beim Verkaufe eigener Geschäftsanteile durch eine G. m. b. H. seitens der Erwerber versprochen wird, sofern diese Zahlung nach dem bewußten Willen der Parteien die Wiederauffüllung des Gesellschaftskapitals bezweckt (vgl. unsere vorangehenden Ausführungen).

Besteht das zur Wiederauffüllung des Gesellschaftsvermögens der G. m. b. H. gezahlte Entgelt nicht in barem Gelde, sondern in Vermögen anderer Art, so ist diese Einlage nach den gewöhnlichen Grundsätzen über das Einbringen zu versteuern (vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschrift S. 289 ff.).

Steuerpflichtig ist der Vertrag, durch den die Geschäftsanteile von den Neuerwerbern übernommen werden.

Außerdem ist die Abtretung der Geschäftsanteile nach TSt. 25d PrStG. mit 1/50 % insoweit steuerpflichtig, als die Mitglieder ihre Anteile der G. m. b. H. zur Verfügung

stellen. Dagegen verfällt der Abtretungsstempel nicht bei der darauf folgenden Veräußerung durch die G. m. b. H. Diese Abtretung ist Bestandteil des nach TSt. 25 versteuerten Einbringens. Der Einbringungsstempel deckt auch die Abtretung.

* * *

Zuzahlung und Überlassung von Aktien zur Verfügung der Aktiengesellschaft stehen im freien Belieben der Mitglieder. Zur Zeit der Beschlußfassung, die eine derartige Leistung den Aktionären anheimstellt, ist noch nicht zu übersehen, wie viele Mitglieder bei der Durchführung der Transaktion freiwillig mitwirken werden. Deshalb wird regelmäßig eventuell die zwangsweise Durchführung der Sanierung mitbeschlossen. Das Grundkapital wird „bis zu" einem bestimmten Höchstbetrage herabgesetzt und „bis zu" einem Maximalbetrage erhöht. Insoweit die Zuzahlung geleistet wird, oder die Aktionäre ihre Anteile zur Verwertung überlassen, unterbleiben die nur eventuell beschlossenen Maßnahmen. Der Aufsichtsrat wird gewöhnlich ermächtigt, die Beträge endgiltig festzusetzen, in deren Höhe die Kapitaländerungen erfolgen.

Steuerrechtlich ist hierzu zu bemerken:

Ein Emissionsstempel kommt nur insoweit in Betracht, als tatsächlich das Kapital erhöht wird, und neue Aktien ausgegeben werden. Auch nur in diesem Umfange ist für die Ausreichung der jungen Aktien eine Schlußnotensteuer fällig.

Die Landessteuer für den Kapitalerhöhungsbeschluß ist nur nach dem endgiltig fixierten Erhöhungsbetrage zu berechnen. Die Landessteuer will nur die vollzogene Kapitalbildung treffen, wie insbesondere aus der Berücksichtigung der Teileinzahlung durch TSt. 25a Abs. 4 PrStG. hervorgeht.

* * *

Zum Schlusse unserer heutigen Erörterungen sei noch auf eine Kombination von Fusion und Sanierung hingewiesen, die eine der interessantesten Erscheinungen aus dem Recht der finanziellen Transaktionen darstellt.

Wir wiesen bereits gelegentlich daraufhin, daß die Zuzahlung zur Wiederauffüllung des Gesellschaftskapitals nicht notwendig in barem Gelde bestehen muß. Auch Gegenstände anderer Art können als Zuschuß geleistet werden, ja ganze Vermögen können in dieser Weise in eine Aktiengesellschaft eingebracht werden.

Praktisch verwirklicht wurde diese Rechtsidee, die, durchaus einfach in ihren Grundzügen, die Möglichkeit zu mannigfaltiger Ausgestaltung bietet, meines Wissens zum ersten Male bei der Fusion der Deutsch-Luxemburgischen Bergwerks- und Hütten-Aktiengesellschaft mit der Bergbau-Aktiengesellschaft Friedlicher Nachbar im Jahre 1904. Mit dieser Fusion war eine Konsolidierung der Deutsch-Luxemburg-Gesellschaft verbunden.

Die Transaktion bestand ihrem Wesen nach aus zwei Teilen: einer Herabsetzung des Grundkapitals der Deutsch-Luxemburg-A.-G. um die Hälfte, nämlich um 12087000 Mk. durch Zusammenlegung der Aktien im Verhältnis von 2 zu 1, und im Anschluß daran aus einer Kapitalerhöhung um 5000000 Mk. — Die durch die Erhöhung zu schaffenden Aktien sollten bei der gleichzeitigen Verschmelzung mit der Aktiengesellschaft Friedlicher Nachbar zur Abfindung der Friedlicher Nachbar-Aktionäre in der Weise dienen, daß eine Luxemburg-Aktie für eine Friedlicher Nachbar-Aktie gewährt werden sollte. — Kapital-Herabsetzung und Erhöhung wurden eventuell beschlossen. (vgl. die vorangehenden Ausführungen.)

Gleichzeitig wurde den Luxemburg-Aktionären nachgelassen, die ihnen angedrohte Zusammlegung ihrer Anteile dadurch abzuwenden, daß sie ihrer Gesellschaft zusammen mit je Mk. 2000 Luxemburg-Aktien eine Friedliche Nachbar-Aktie als Zuzahlung einlieferten. 3572 Stück Friedlicher Nachbar-Atien gelangten auf diese Weise in den Besitz der Luxemburg-A. G. In Höhe ihres Nennbetrages von 3572000 Mk. unterblieb die Kapitalherabsetzung, und erübrigte sich die Ausgabe der neuen Aktien, die sonst zur Abfindung der Friedlicher Nachbar-Aktionäre erst hätten geschaffen werden müssen.

Steuerrechtlich ist hierzu Folgendes zu bemerken. Zunächst hinsichtlich der Emissionssteuer:

Die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften führt regelmäßig zu einer Entrichtung der Emissionssteuer insofern, als die aufnehmende Gesellschaft neue Urkunden zur Abfindung der Mitglieder der untergehenden Korporation ausgibt. Zwar liegt auch bei der Fusion die Situation derart, daß eine Vermehrung des Gesamtumlaufes an Effekten regelmäßig nicht stattfindet, daß nur die vernichteten Aktien der untergehenden Gesellschaft durch die Anteile der erwerbenden Korporation ersetzt werden. Gleichwohl zwingt der Umstand, daß die erwerbende Gesellschaft eine andere Rechtspersönlichkeit ist als die untergehende, zur Entwertung der ausreichend versteuerten Anteile des untergehenden Institutes, zur Besteuerung der Ersatzurkunden.

Die Entrichtung der Emissionssteuer konnte bei der Fusion Deutsch Luxemburg-Friedlicher Nachbar in erheblichen Umfange gespart werden. In den 3572 Fällen, in denen Luxemburg-Aktionäre die Anteile des aufgenommenen Unternehmens zur Verfügung stellten, bestand die Gegenleistung der Luxemburg-Gesellschaft nur darin, daß sie ihren Mitgliedern ihre Rechte ungeschmälert ließ. Neue Aktien

brauchten insoweit nicht ausgegeben werden. — Daß eine derartige Ersparnis erreicht werden konnte, lag an der eigenartigen Kombination von Fusion und Sanierung, muß aber auch durch die Art der Verteilung des Aktienbesitzes bei beiden Gesellschaften begünstigt worden sein.

Die Schlußnotensteuer blieb bei der geschilderten Transaktion ebenfalls insoweit erspart, als eine Ausreichung junger Aktien nicht stattfand.

Die Überlassung des Vermögens der Friedlicher Nachbar-Aktiengesellschaft bildete im ganzen Umfange ein Einbringen im Sinne der TSt. 25c des PrStG. Zum einen Teil stellte sie sich als Zuzahlung auf das Gesellschaftsvermögen der Deutsch-Luxemburg-Gesellschaft dar; zum anderen Teil war sie Einlage auf die jungen Aktien der Luxemburg-A.-G. —

Bei der Fusion Deutsch-Luxemburg-Friedlicher Nachbar handelte es sich um die vollständige Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften. Aber nicht nur eine Fusion, sondern auch die Anknüpfung einer dauernden Beteiligung kann auf dem geschilderten Wege vollzogen werden, sofern nämlich die als Zuzahlung eingebrachten Aktien bezw. Gesellschaftsanteile nicht — wie die Friedlicher Nachbar-Aktien — zum Zwecke der Vernichtung eingeliefert werden, sondern bestehen bleiben und als solche einen Bilanzgegenstand der erwerbenden Gesellschaft bilden. Ein derartiges Einbringen von Aktien ist ein gewöhnliches Anschaffungsgeschäft. Das Einbringen von Geschäftsanteilen anderer Art ist nach TSt. 25c PrStG. mit 1/50 % des Nennbetrages zu versteuern. (Vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschrift S. 292.)

* * *

Auch die Veräußerung bestehender Anteile durch eine Aktiengesellschaft bezw. G. m. b. H. kann mit einer Verschmelzungstransaktion in der Weise verbunden werden, daß als Gegenleistung für den Erwerb der Anteile das gesamte Vermögen einer anderen Korporation eingebracht, oder eine dauernde Beteiligung an einem fremden Unternehmen gewährt wird. Über die Versteuerung eines solchen Geschäftes vgl. Jhg. 1906 dieser Zeitschr. S. 118 und 296 und die vorangehenden Erörterungen.

(Bemerkt sei, daß das Einbringen des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Zuzahlung auf das Vermögen einer anderen Korporation sich nach § 304 HGB. mit der Wirkung der Gesamtrechtsnachfolge vollziehen kann, da die Mitglieder der untergehenden Gesellschaft auch in diesem Falle durch Aktienrechte — zwar nicht durch Gewährung neuer, aber doch durch Erhaltung ihrer bisherigen Rechte abgefunden werden. — Wegen des Einbringens auf bereits bestehenden Aktien vgl. Jahrg. 1906 dieser Zeitschr. S. 294.)

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr: Die mehrtägige Verzögerung der Ablieferung der Güter beruht nicht auf grobem Verschulden, wenn sie durch eine Verkehrsstockung veranlaßt ist die auf außergewöhnliche Ereignisse zurückzuführen ist.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 15. Dez. 1906. 213. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Revision der Klägerin war der Erfolg zu versagen. Ausweislich der vorliegenden internationalen Frachtbriefe Nr. 14, 15 und 20 handelt es sich im vorliegenden Falle um Güterversendung, welche aus dem Gebiete eines nichtdeutschen Staates, der dem Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr in der Fassung des Zusatzübereinkommens vom 16. 6. 1898 beigetreten ist, in das Gebiet des deutschen Reiches vorgenommen worden sind. Gemäß Art. 1 des erwähnten Übereinkommens haben auf derartige Güterversendungen, die auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes erfolgen, die Bestimmungen des internationalen Übereinkommens Anwendung zu finden und diese Bestimmungen haben für die von dem Übereinkommen beherrschten Frachtverträge ausschließliche Geltung. Demgemäß hat auch die EisenbVerkO. vom 26. 10. 1899 in ihre Eingangsbestimmungen I Nr. 1 erklärt, daß auf den internationalen Verkehr die VerkO. nur insoweit Anwendung findet, als derselbe nicht durch besondere Bestimmungen geregelt ist. Nun kann aber nach Art. 41 des internationalen Übereinkommens der Ersatz des vollen Schadens, der hier in der Klage beansprucht wird, nur dann gefordert werden, wenn derselbe infolge der Arglist oder der groben Fahrlässigkeit der Eisenbahn entstanden ist. Da Arglist hier nicht in Frage steht, würde der Ersatzanspruch nur dann die erforderliche Grundlage haben, wenn eine grobe Fahrlässigkeit des Beklagten erwiesen wäre, wie denn auch die Klage selbst ein grobes Verschulden des Beklagten behauptet hat. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob in der erwiesenen mehrtägigen Verzögerung der Beförderung der beiden ersten Waggons nach dem Kai ein grobes Verschulden des Beklagten zu erblicken ist, nicht entschieden und ist aus Gründen, welche die Substanziierung der Klage in bezug auf den Zeitpunkt der Frostbeschädigung betreffen, zur Verneinung der Ersatzpflicht bezüglich der Beschädigung der Ladung der beiden ersten Waggons gelangt. Ob diese Gründe ausreichend sind — was die Revision bestreitet — kann dahingestellt bleiben, denn jedenfalls liegt nach den Feststellungen der Vorinstanzen

die Sache hier so, daß ein grobes Verschulden des Beklagten in der mehrtägigen Verzögerung der Auslieferung des Gutes an die Empfängerin nicht gefunden werden kann. Es ist erwiesen, daß auf den Bahnhöfen in Hamburg damals außerordentliche Verkehrsschwierigkeiten herrschten, die durch das Zusammentreffen eines andauernd niedrigen Wasserstands der Elbe mit dem gegen alle Erfahrung früh einsetzenden Frost und die dadurch auf den Bahnhöfen verursachte Anhäufung der Güter herbeigeführt worden waren und nur durch Maßregeln außergewöhnlicher Art beseitigt werden konnten. Wenn die im Dezember 1902 in Hamburg aus den berührten Gründen eingetretene Verkehrsstockung auch nicht einen Fall höherer Gewalt darstellt, so bereitete sie doch der ordnungsmäßigen Ablieferung der eingehenden Güter tatsächlich derartige Schwierigkeiten, daß die mehrtägige Verzögerung der Auslieferung der Güter nicht als auf einem groben Verschulden des Beklagten beruhend bezeichnet werden kann. Es besteht demnach kein Ersatzanspruch bezüglich der beiden Waggons der ersten Sendung zu Recht.

* * *

Wechselrecht. 1) Die Tatsache, daß der Aussteller eines Wechsels diesen als Vertreter des Bezogenen akzeptiert hat, steht der Gültigkeit der Wechselforderung des Indossatars nicht entgegen. 2) Hat in solchem Falle die zugleich als Aussteller und als Vertreter des Akzeptanten handelnde Person den als Blankoakzept hergestellten Wechsel nach Aufhören ihrer Befugnis zur Vertretung des Akzeptanten ausgefüllt, so hängt das Wechselrecht des Indossatars davon ab, ob er beim Erwerbe des Wechsels hiervon Kenntnis hatte.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 24. Nov. 1906. 156. 06.

Die Klägerin war Inhaberin eines Wechsels, der sich darstellte als ausgestellt am 8. November 1904 über 9256,50 Mk., als gezogen von Robert K. auf die Beklagte, die Aktiengesellschaft X, als angenommen von dieser durch den Vermerk: „Angenommen Aktien-Gesellschaft X. K." und als zahlbar drei Tage nach Sicht an die Ordre des Ausstellers.

Auf der Rückseite trug der Wechsel zunächst das Blanko-Indossament „Robert K.", dann das Blanko-Indossament der Klägerin und noch zwei weitere Indossamente.

Am 27. September 1905 wurde der Wechsel mangels Zahlung protestiert und darauf die Wechselklage erhoben.

Unstreitig war der K., dessen Name unter dem Akzeptvermerk stand, dieselbe Person, wie der Aussteller, und dieser K. bis zum 19. Juni 1905 Vorstand der Beklagten gewesen.

Die Beklagte wandte ein, der Wechsel sei ungültig, weil 1. K. keinen gültigen Wechselbegebungsvertrag mit sich selbst habe abschließen können, 2. der Wechsel erst nach dem 19. Juni 1905 von K. ausgestellt worden sei.

Die Klägerin bestritt beides. Die erste Instanz wies die Klage ab.

In der Berufungsinstanz gab die Klägerin unter der Behauptung, daß im übrigen der Wechsel vor dem 19. Juni 1905 hergestellt gewesen sei, zu, daß K. den Wechsel bezüglich seines Betrages erst nach dem 19. Juni 1905 ausgefüllt habe. Von der Beklagten wurde geltend gemacht, daß keine Wechselverpflichtung aus dem Akzept habe entstehen können, weil K. zu jener Ausfüllung des Wechsels nicht mehr befugt gewesen sei und nach § 181 des BGB. nicht vermocht habe, sich selbst gültig zu der Ausfüllung zu ermächtigen.

Das Berufungsgericht entsprach durch Vorbehaltsurteil der Klage. Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die verpflichtende Kraft eines Wechselakzeptes gegenüber dem dritten Wechselinhaber beruht nicht auf dem Vertragsverhältnis zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen, ist vielmehr von diesem ganz unabhängig.

Vgl. Entsch. des RG. 24, 90.

Deshalb kann hier aus dem Umstande, daß K. einen von ihm persönlich auf die Beklagte gezogenen Wechsel an eigene Ordre in Vertretung der Beklagten akzeptiert hat, auf Grund des § 181 des BGB. keine weitere Rechtsfolge abgeleitet werden, als die, daß K. *selbst* eine gültige Forderung aus dem Wechsel nicht erwarb, sofern ihm nicht der Aufsichtsrat der Beklagten (§ 247 des HGB.) die Wechselakzeptierung gestattet hatte. Der Gültigkeit der Wechselforderung der *Klägerin* steht jener Umstand, von der Frage des redlichen Erwerbs zunächst abgesehen, nicht entgegen.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man aber auch dann nicht, wenn man die im gegenwärtigen Prozeß unstreitig gewordene Tatsache in Betracht zieht, daß K. vor dem Erlöschen seiner Befugnis zur Vertretung der Beklagten den Wechsel nur als Blankoakzept hergestellt hatte und erst hinterher die Wechselsumme hineingesetzt hat. Allerdings konnte er auch vor dem Erlöschen seiner Vertretungsbefugnis nach der Regelvorschrift des § 181 sich selbst nicht in Vertretung der Beklagten die Ermächtigung zur demnächstigen Ausfüllung des Blankoakzeptes erteilen. Daraus folgt jedoch wiederum zunächst nicht mehr, als daß für K. selbst ein Recht aus dem ausgefüllten Wechselakzept nicht entstand. Was *seinen* Rechtserwerb verhinderte, verhinderte nicht ohne weiteres auch den der *Klägerin*. Es kommt

Leipziger Verein

darauf an, ob die Klägerin bei dem Erwerbe des Wechsels in gutem Glauben war. Die Beklagte hat behauptet, daß sie dies nicht war, und es wird jetzt gerügt, daß das Berufungsgericht entgegen der Vorschrift des § 139 der ZPO. die Beklagte nicht aufgefordert habe, für ihre Behauptung Beweis anzubieten. Die Rüge ist nicht begründet. Die Beklagte hatte sich für die Wahrheit ihrer Behauptung auf den Inhalt der Wechselurkunde selbst bezogen, womit gemeint war, daß die Klägerin aus ihm die Identität des Wechselsausstellers mit der Person desjenigen, von dem die Akzeptunterschrift herrühre, habe ersehen und deshalb einen vom Wechselaussteller begangenen Vertrauensbruch habe annehmen müssen. War hiernach von der Beklagten für ihre Behauptung ein Beweismittel bezeichnet worden, so lag für das Berufungsgericht, zumal, da im Wechselprozeß gestritten wurde, keine Veranlassung zur Anwendung des § 139 der ZPO. vor.

Die Beweiskraft der Wechselurkunde für die Behauptung der Beklagten zu prüfen, war Sache des Berufungsgerichts, und an dieser Prüfung hat es das Berufungsgericht nicht fehlen lassen. Durch die Verneinung der Beweiskraft ist kein Gesetz verletzt worden, und es muß daher der Beklagten überlassen werden, im Nachverfahren anderweit den Beweis ihrer Behauptung zu versuchen.

* * *

Wechselrecht. 1) Domizilwechsel. Die Bemerkung in dem im Domizil richtig gegen den Domiziliaten erhobenen Protest, daß der Protest gegen den Wechselschuldner erhoben sei, macht ihn nicht ungültig. 2) Ist der Empfänger eines Wechselblanketts auch noch nach dessen Ausfüllung und Begebung als ermächtigt anzusehen, das Einverständnis des Ausstellers mit einem dem ausgefüllten und begebenen Wechsel nachträglich durch einen Nachmann beigefügten Domizilvermerk zu erklären?

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 29. Sept. 1906. I. 92. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Klagewechsel von dem Akzeptanten W., der inzwischen schuldenflüchtig geworden, unberechtigterweise hergestellt worden ist. Dieser habe sich von dem früheren Vorstande der Beklagten ein nur mit dessen (zweimaliger) Unterschrift versehenes Wechselblankett erschwindelt, dies abredewidrig ausgefüllt und sich darauf Geld für seine Privatzwecke verschafft. Zum Nachweise, daß der Kläger beim Erwerbe des Wechsels Kenntnis von dieser unrechtmäßigen Benutzung des Blanketts gehabt habe, hatte die Beklagte nur behaupten können, der Kläger habe bei der Diskontierung des Wechsels 1000 Mk. verdient. Das Berufungsgericht will aus einem so ungewöhnlichen Nutzen auf den bösen Glauben des Klägers schließen und hat ihm diese Tatsache zum Eide verstellt. Insoweit hat die Beklagte das Urteil nicht angefochten.

Die Beklagte behauptet Ungültigkeit des Protestes, weil er im Domizil gegen den Akzeptanten und nicht gegen den Domiziliaten erhoben sei. Dieser Einwand ist vom Berufungsgericht mit Recht zurückgewiesen. Der Text der Urkunde ergibt, daß der Protestbeamte sich ins Geschäftslokal der Reichsbanknebenstelle zu Remscheid (der Domiziliatin) begeben, dort den Vorstand der Bank angetroffen, ihm den Wechsel mit der Aufforderung zur Zahlung der Wechselsumme vorgelegt und von ihm die Antwort erhalten habe, es sei keine Deckung vorhanden. Damit sind die wesentlichen Erfordernisse des Protestes nach Art. 88 der WO., insbesondere in bezug auf Nr. 2 und 3 erfüllt. Wenn die Urkunde zum Schlusse hinzufügt: „Ich habe deshalb ... wegen nicht erfolgter Zahlung .... gegen den Wechselschuldner .... Protest erhoben" — so kann diese überflüssige und nicht zutreffende Redewendung die Gültigkeit des Protestes nicht beeinträchtigen. Bolze, Bd. 16 Nr. 291; Bd. 17 Nr. 307.

Die Beklagte behauptet aber weiter Ungültigkeit des Protestes auch deswegen, weil der Domizilvermerk ohne ihre Zustimmung auf den Wechsel gesetzt worden sei, und der Wechsel ihr gegenüber daher nur als nicht domizilierter zu gelten habe, ein gegen sie wirksamer Protest also nur im Wohnorte des Bezogenen, d. h. in Hochdahl, habe erhoben werden können. Daß die Rechtsanschauung, die dieser Verteidigung zu Grunde liegt, an sich begründet und richtig ist, ist unbezweifelten Rechts und wird auch vom Berufungsgerichte nicht verkannt.

Demnach fragt sich, ob die Beklagte den Domizilvermerk gegen sich gelten lassen muß oder nicht. Das Berufungsgerichts hat diese Frage bejaht, ist hierbei aber, wie die Revision mit Recht geltend macht, von Rechtsirrtum beeinflußt worden.

Durch das Geständnis des Klägers steht fest, daß er den Wechsel nach dessen vollständiger Ausfüllung erworben und dann erst seinerseits den Domizilvermerk darauf geschrieben hat. Wie das Berufungsgericht näher darlegt und nicht zu beanstanden ist, waren sowohl der Akzeptant W. wie der Vorindossant des Klägers B. mit dieser Ergänzung des Wechsels stillschweigend einverstanden. Ihnen gegenüber würde demnach der Domizilvermerk und die Protesterhebung in Remscheid als gültig anzuerkennen sein.

Was aber die Zustimmung der Beklagten anlangt, so steht eine ausdrückliche Erklärung nicht in Frage. Auch hier aber hat das Berufungsgericht eine stillschweigende Zustimmung für dargetan

erachtet. Es nimmt nämlich an, daß die von W. dem Kläger stillschweigend erklärte Zustimmung auch für die Beklagte Geltung habe. Gestützt wird diese Annahme auf den Umstand, daß W. von der Beklagten den Wechsel unausgefüllt, als Blankett erhalten hatte.

Der Aussteller eines Wechselblanketts haftet dem redlichen Erwerber und kann diesem die Einrede, der Wechsel sei abredewidrig ausgefüllt, nicht entgegensetzen. Demnach hat die Beklagte allerdings die Folgen der Unredlichkeit W., dem sie Vertrauen geschenkt, zu vertreten, insofern dieser ihre Wechselunterschrift, die ihm zur Besorgung eines Kundenakzepts übergeben war, in seinem Interesse zur Fertigung des Klagewechsels mißbrauchte. Zu Gunsten der Beklagten aber kommt in Betracht, daß mit der Herstellung des vollständigen Wechsels die Ermächtigung, die der Blankettgeber erteilt hat, regelmäßig erschöpft ist, und daß spätere Veränderungen des Wechsels ihm gegenüber als Fälschungen erscheinen. RGEntsch. 53, 262. So liegt die Sache hier, wo unstreitig erst der Kläger selbst nach wiederholter Begebung des Wechsels den Domizilvermerk hinzugefügt hat -- wenn auch mit Zustimmung W. Das Berufungsgericht erwägt, daß die Beklagte, weil sie alle ihre Wechsel domizilieren ließ, und weil Hochdahl kein Bankplatz sei, nichts dagegen zu erinnern gehabt haben würde, wenn W. dem Wechsel ein Domizil auf einen geeignegten Bankplatz gegeben hätte. Schon diese Erwägung erscheint fehlsam. Denn die Ermächtigung W. zur Beifügung eines Domizilvermerks bezieht sich auch im Sinne des Berufungsgerichts nur auf Kundenwechsel, deren Ausfüllung ihm überlassen wurde. Hier liegt aber eben kein Kundenwechsel vor, sondern ein abredewidrig ausgefülltes Blankett. Es kommt aber hinzu, daß, was das Berufungsgericht erwägt, nur von Bedeutung sein würde, wenn es sich darum handelte, ob W. dem Wechsel, als er ihn ausfüllte, einen Domizilvermerk beifügen durfte. Die Erwägung trifft aber den vorliegenden Fall nicht, wo dies eben nicht geschehen ist, W. vielmehr den Wechsel ohne Domizil hergestellt und begeben hatte. Es ist rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht aus jener, von ihm angenommenen Befugnis W. ableiten will, daß er zugleich ermächtigt gewesen sei, mit seinem eigenen Einverständnis in die spätere Änderung des Wechsels auch das Einverständnis der Beklagten zu erklären. Dazu gab ihm seine Stellung als Blankettnehmer, nachdem der Wechsel einmal ausgefüllt und begeben war, kein Recht. Und noch weniger kann davon die Rede sein, daß der Kläger hierauf seinen guten Glauben inbezug auf die Beifügung des Domizilvermerks gründen könnte, da er ja den Wechsel als einen fertigen erwarb, und da er seine Rechtsposition der Beklagten gegen über gerade darauf stützt, daß er keine Kenntnis davon hatte, daß W. nur ein Blankett erhalten und dies unrechtmäßg ausgefüllt hatte.

Die vorstehenden Erwägungen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils, wobei noch bemerkt werden mag, daß das RG. den Billigkeitsrücksichten, die das Berufungsgericht am Schlusse seiner Entscheidungsgründe anführt, ein Gewicht nicht beilegen kann. Es handelt sich um formales Wechselrecht. Das Berufungsgericht übersieht, daß der Kläger den Domizilvermerk eigenmächtig auf den Wechsel gesetzt und mit der Klage nur Erfolg haben kann, wenn er die Zustimmung auch der Beklagten mit seinem Verfahren dartut. Er ist nicht in der Rechtsstellung des Klägers in der Sache I 134/01 (JW. 1901 S. 459 Nr. 7), der den mit dem Domizilvermerke versehenen Wechsel gutgläubig erworben hatte.

* * *

Wechselrecht. Auch bei einem zur Sicherheit gegebenen Wechsel hat der Wechselgeber die ihm aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis etwa zustehenden Einreden darzulegen und zu beweisen.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 19. Nov. 1906 I. 451 06..

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die Revision rügt zunächst, daß das Berufungsgericht die Beweislast verkannt habe; aus der Eigenschaft des fraglichen Wechsels als Sicherungswechsels folge, daß die Klägerin die Beweislast dafür treffe, für welche ihrer Forderungen gegen K. der Beklagte durch die Akzeptation des Wechsels eintreten zu wollen erklärte und ob solche Forderungen noch bestehen. Allein diese Auffassung ist rechtsirrig und widerspricht dem schon in der Rechtsprechung des ROHG. Entsch. 8, 142; 13, 237; 17, 282 anerkannten und auch vom RG. festgehaltenen Grundsatz, daß auch gegenüber dem Inhaber eines zur Sicherheit gegebenen Wechsels der Wechselgeber die Verpflichtung hat, die ihm aus dem unterliegenden Rechtsgeschäfte etwa zustehenden Einreden darzulegen und zu beweisen, während der Wechselinhaber durch den Besitz des Wechsels selbst berechtigt ist, zur Verfallzeit gegen den Wechselverpflichteten vorzugehen. Die Vorinstanzen haben deshalb zutreffend angenommen, daß den Beklagten die Beweislast für seine Behauptung traf, der Wechsel sei nur Sicherheit für eine Plattenlieferung im Werte von 60000 Mk. und nicht zur Sicherung der ganzen von K. anerkannten Schadenersatzforderung von 150000 Mk. gegeben worden. Diesen Beweis hat aber der Beklagte nicht geliefert; das Berufungsgericht hat vielmehr im Gegenteil das Beweisergebnis mit genügender tatsächlicher Begründung dahin festgestellt, daß K. nicht bloß für 60000 Mk. sondern für

150000 Mk. Platten zu liefern hatte, daß der Wechsel zur Sicherung der Klägerin für die gesamte Verpflichtung des K. dienen sollte und daß die entgegengesetzte Auffassung des Rechtsanwalts U., welcher den Beklagten zur Ausstellung des Wechsels veranlaßt hat, falsch war. Nun meint die Revision allerdings, über den Umfang der Haftung des Beklagten entscheide „selbstverständlich" der Wille des Beklagten — als Akzeptanten des Wechsels — in dem Augenblick, in welchem er seinen Namen zeichnete und den Wechsel aus der Hand gab, und darauf, daß dies vom Berufungsgericht verkannt worden sei, stützt die Revision einen weiteren Angriff. Allein auch hier ist die Auffassung des Revisionsklägers rechtsirrig. Was er mit Rechtsanwalt U. — ohne Zuziehung der Klägerin — vor der Ausstellung des Akzeptes besprochen hat und was er selbst sich in dem Augenblicke, als er das Akzept ausstellte und aus der Hand gab, über den Umfang der daraus sich für ihn ergebenden Haftungsverbindlichkeit vorstellte, ist keineswegs entscheidend. Maßgebend für die Rechte des dritten, dem der Wechsel zur Sicherung für seine Ansprüche übergeben wurde, ist vielmehr nur den Inhalt des Wechsels selbst und diejenige Übereinkunft, auf Grund deren die Klägerin den Wechsel über 60000 Mk. zu ihrer Sicherung in Empfang nahm. Diese Übereinkunft ist aber vom Berufungsgericht einwandfrei dahin festgestellt worden, daß der Wechsel zur Sicherheit der Klägerin für die gesamte Verpflichtung des K. auf 150000 Mk. dienen sollte.

* * *

Aktiengesellschaften. 1) Wer bei einer Simultangründung im eigenen Namen Aktien übernimmt, ist wahrer und wirklicher Übernehmer (Gründer), auch wenn er die Übernahmeerklärung im Auftrage und für Rechnung eines anderen abgegeben hat. 2) Es liegt keine Scheinübernahme vor, wenn bei der Simultangründung einer der Gründer mit einem einzelnen Mitgründer vereinbart, daß in Wahrheit nicht er, sondern dieser die Aktien übernehmen solle. 3) Verhältnis früherer Aktienzeichnungen zum endgültigen Simultangründungsakt.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 5. Jan. 1907. I 210. 06.

Der Beklagte hatte der Klägerin im November 1900 Aktien einer Aktiengesellschaft verkauft, die er am 10. Oktober 1900 mit vier anderen Personen Br., C., D. und H. gegründet hatte. Diese fünf Personen hatten das Statut festgestellt und sämtliche Aktien übernommen. Das Grundkapital war auf 1500000 Mk. festgesetzt worden. Für die Hälfte brachte der Beklagte (B.) seine Fabrik ein; von der anderen durch Barzahlung zu begleichende Hälfte des Aktienkapitals hatte jeder Gründer eine bestimmte Anzahl, darunter H. 75 Stück, übernommen. Die Klägerin focht im Jahre 1902 den Kauf der Aktien an, weil sie nach ihrer Behauptung vom Beklagten durch arglistige Täuschung zu dem Geschäfte bestimmt worden sei. Sie stützte diesen Vorwurf auf die unstreitige Tatsache, daß ihr der Beklagte vor dem Kauf den notariellen Gründungsakt vom 10. Okt. 1900 mit der Rohbilanz seines Geschäftes und einer die Gründung vorbereitenden Zeichnungsbogen vom 27./30. Sept. 1900 vorgelegt hatte. Sie behauptete, hierdurch vom Beklagten in zweifacher Richtung betrogen zu sein, erstens dadurch, daß in der Bilanz ein auf dem eingebrachten Besitz des Beklagten lastende Grundschuld von 600000 Mk. nicht aufgeführt worden sei, und zweitens dadurch, daß die Zeichnungen auf das Aktienkapital zum großen Teil Scheinzeichnungen gewesen seien. Die Zeichner hätten nämlich mit dem Beklagten vereinbart, daß er ihnen die Aktien nach der Gründung wieder abnehme, Wäre sie (die Klägerin) auch nur in einem dieser beiden Punkte nicht getäuscht worden, so würde sie sich auf das Geschäft nicht eingelassen haben. Die beiden ersten Instanzen verurteilten nach dem Klageantrage den Beklagten, den Kaufpreis gegen Rückgabe der Aktien seitens der Klägerin, an diese zurückzuzahlen. Das RG. wies die Klage ab aus folgenden Gründen:

Das OLG. hat den Vorwurf der Klägerin, daß sie vom Beklagten in bezug auf eine Grundschuld, die auf den von ihm in die Aktiengesellschaft eingebrachten Grundbesitz haftete, arglistig getäuscht worden sei, auf Grund der Beweiserhebungen für widerlegt erachtet. In der gegenwärtigen Instanz sind die Parteien auf diesen Streitpunkt nicht zurückgekommen, sodaß er als erledigt zu gelten hat.

Dagegen erachtet das OLG. für bewiesen, daß bei der Gründung der Aktiengesellschaft Scheinzeichnungen in erheblicher Höhe vorgelegen hätten, daß der Beklagte dies der Klägerin arglistig verschwiegen habe, und daß sich die Klägerin, wenn sie von den Scheinzeichnungen Kenntnis gehabt hätte, auf den Kauf nicht eingelassen haben würde.

Diese Annahme beruht auf Verkennung der rechtlichen Natur der Gründungshergänge, auf Verkennung der rechtlichen Natur des Scheingeschäfts und auf Verkennung des für den Betrug erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen Täuschung und Willenserkärung.

Vorauszuschicken ist, daß nach den Behauptungen der Klägerin die arglistige Täuschung nicht etwa in irgend welchen mündlichen oder brieflichen Äußerungen des Beklagten oder seines Prokuristen Göcke erblickt wird. Derartige Äußerungen sind weder behauptet, noch festgestellt. Als Täuschungsmittel kommt lediglich die Vorlegung zweier Urkunden in Betracht: 1. des notariellen Gründungsaktes

vom 10. Oktober 1900 und 2. des Zeichnungsbogens vom 27./30. September 1900. Es fragt sich daher, was sich aus diesen Urkunden ergab.

In dieser Beziehung ist hervorzuheben, daß es sich bei keiner der beiden Urkunden um eine Aktienzeichnung im Rechtssinne, d. h. um eine Zeichnung im Sinne des § 189 oder des § 281 HGB. handelt. Aus dem Notariatakte ergibt sich, daß die aufgeführten fünf Gründer alle Aktien übernahmen. Es liegt also eine sog. Simultan-Gründung im Sinne des § 188 HGB. vor, bei der für eine eigentliche Aktienzeichnung kein Raum ist. Aus der erklärten „Übernahme" waren die Gründer verpflichtet, den Nennbetrag der Aktien einzuzahlen (§ 211). Ein Viertel aller Einzahlungen mußte nach § 195 Abs. 3 mindestens in den Händen des Vorstandes sein, ehe die Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erfolgen konnte. Und da es sich nach § 3 des im Gründungsakte festgestellten Statuts um Inhaber-Aktien handelte, die nach § 179 Abs. 3 HGB. vor der vollen Leistung des Nennbetrages nicht ausgegeben werden dürfen, ergab sich aus der Tatsache, daß die Aktien im Verkehre waren und der Klägerin in Gemäßheit des Kaufvertrages geliefert werden sollten und demnächst auch geliefert worden sind, daß es sich um vollbezahlte Aktien handelte. Die Klägerin hat denn auch nicht zu behaupten vermocht, daß die Einzahlungen auf die Aktien nicht dem Statute und dem Gesetze gemäß ordnungsmäßig und rechtzeitig geleistet worden seien, während umgekehrt der Beklagte dafür sogar ausdrücklich Beweis angetreten hat, daß in dieser Hinsicht alles in Ordnung gegangen sei.

Um zunächst bei dem notariellen Gründungsakte stehen zu bleiben, so prüft das OLG. die in ihm enthaltenen Aktienübernahme Erklärungen von Br., C., H. und D. auf Grund der Beweiserhebungen und gelangt dabei zu dem Ergebnisse, daß bei Br. und C. eine „Scheinzeichnung", die als Grund der Betrugsanfechtung dienen könne, nicht vorliege, daß die Sache bei D. zweifelhaft sei, daß H. aber teilweise „zum Schein gezeichnet habe." Seine Aussage ergebe, daß er auf Grund erhaltenen Auftrags für andere Personen 5 Aktien „gezeichnet" habe, daß aber die übrigen 70 Aktien von ihm „lediglich zum Schein gezeichnet" seien. H. hatte als Zeuge ausgesagt, er habe vor der Zeichnung mit dem Beklagten eine Vereinbarung getroffen, daß er die 70 Aktien nicht wirklich übernehmen solle und vor allem keine Einzahlungen zu machen brauche, daß vielmehr der Beklagte selbst die Aktien übernehmen und die Einzahlungen leisten solle; so sei denn auch verfahren worden.

Bei der eigentlichen Aktienzeichnung ist es anerkannten Rechtens, daß die sog. Strohmänner wahre Zeichner sind (Entsch. des RG. 28, 77; 41, 13). Für sein Verhältnis zur Aktiengesellschaft ist es gleichgültig, ob der Zeichner für eigene oder für fremde Rechnung zeichnet, ob er letzteres infolge eines erteilten Auftrages tut oder weil ihm sein Hintermann Schadloshaltung zugesagt hat. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß was in dieser Hinsicht von der Aktienzeichnung nach § 189 oder § 281 gilt, auch von der Aktienübernahme durch den Gründer im Falle des § 188 gelten muß. Die Übernahme wird den Mitgründern und der zukünftigen Gesellschaft gegenüber erklärt. Sie verpflichtet den, der dabei im eigenen Namen handelnd aufgetreten ist, ohne Rücksicht auf irgend welche Abmachungen, die er mit andern getroffen hat. Auf Grund dieser Erklärung erfolgt nach § 195 die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, womit nach § 200 erst ihre rechtliche Existenz beginnt.

Daher ist es verfehlt, wenn deswegen, weil ein Zeichner oder Übernehmer mit andern Personen Abmachungen der erwähnten Art getroffen hat, von einer „Scheinzeichnung" überhaupt gesprochen wird. Das BGB. § 117 bezeichnet als „Scheingeschäft" den Fall, daß eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abgegeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Scheine abgegeben wird. Um bei der Aktienübernahme durch einen Gründer ein Scheingeschäft anzunehmen, wäre also mindestens zu fordern, daß die sämtlichen Mitgründer, denen gegenüber die Erklärung abgegeben wird, damit einverstanden seien, daß die Übernahme nur zum Scheine erklärt werde, (wobei hier unerörtert bleiben kann, welche Rechtsfolgen dies für die zukünftige Gesellschaft und deren Gläubiger haben würde). Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Nach der vom OLG. zu Grunde gelegten Aussage H. würde sich nur ergeben, daß er mit einem seiner vier Mitgründer, nämlich mit dem Beklagten, eine Abmachung getroffen habe, daß in Wahrheit nicht er, sondern der Beklagte die Aktien übernehmen solle. Daß die anderen drei Mitgründer von dieser Abmachung auch nur Kenntnis gehabt hätten, ist weder behauptet noch festgestellt. Schon mit Rücksicht auf sie kann daher von einer nichtigen Scheinübernahme keine Rede sein.

Demnach ergibt sich in Wahrheit für die Stellung H. nur das folgende: Er war gegenüber den Mitgründern und gegenüber der künftigen Gesellschaft der wahre und wirkliche Übernehmer der 75 Aktien, wenn er auch für 5 Aktien den Zeichnungsauftrag anderer Personen und für 70 den Zeichnungsauftrag oder das Zahlungsversprechen oder die Schadloserklärung des Beklagten besaß.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Klägerin durch die Vorlegung des notariellen Gründungsaktes in bezug auf die Beteiligung H. an der Gesellschaft

schlechterdings nicht getäuscht werden konnte. Was sich aus dem Grüngungsakte ergab, war, daß er 75 Aktien in eigenem Namen übernommen hatte. Das war wahr und richtig und verpflichtete ihn gegenüber den Mitgründern und gegenüber der Gesellschaft. Ganz außerhalb des Gründungsaktes aber liegt die Frage, ob die Gründer ganz oder teilweise die Übernahme-Erklärung in fremdem Auftrage oder für fremde Rechnung abgegeben, ob sie also Hintermänner hatten, an die sie sich für die von ihnen eingegangenen Verpflichtungen halten konnten. Hierüber gab der Gründungsakt keine Auskunft, und niemand konnte aus ihm über diesen Punkt etwas Positives oder Negatives entnehmen. Und wenn man selbst der Klägerin, die der Berufungsrichter als vorsichtige Bankfirma bezeichnet, den Unverstand zutrauen wollte, daß sie aus dem Notariaatkte ohne weiteres geschlossen habe, die fünf Gründer hätten die Aktien sämtlich für eigene Rechnung übernommen — was zudem aller täglichen Erfahrung widersprochen hätte —, so würde es doch immer gänzlich an dem Nachweise fehlen, inwiefern der Beklagte darauf hätte rechnen können, daß die Klägerin einem derartigen, als grobe Fahrlässigkeit sich darstellenden Irrtume anheimfallen würde.

Stellt man die Annahme des Berufungsgerichts in bezug auf die 70 Aktien seiner Annahme gegenüber, daß wegen der andern 5 von H. und wegen der von C. übernommenen Aktien, bei denen Aufträge anderer Personen vorlagen, gleichwohl *keine* Scheinzeichnungen seien, so gewinnt es den Anschein, als wenn das Berufungsgericht darin etwas den Beklagten Belastendes gesehen habe, daß gerade *er* es war, der über die 70 Aktien die Abmachung mit H. getroffen hatte: sei es nun, daß dabei auf die Stellung des Beklagten als einer der fünf Gründer, ja als des Hauptgründers, gesehen worden ist, sei es auf seine Stellung als Verkäufers der Aktien. Gesagt ist hierüber freilich in den Gründen nichts und auch die Klägerin hat nach dieser Richtung nichts vorgebracht. Daher erscheint es unerheblich, daß, wenn andere Tatsachen hinzukämen, möglicherweise darin etwas Täuschendes gesehen werden könnte, daß zwei Mitgründer in dem Gründungsakte den zwischen ihnen verabredeten Beteiligungsmaßstab verdecken. An derartigen besonderen Umständen fehlt es hier durchaus, und es ist daher kein Grund erkennbar, warum die vorhin dargelegte rechtliche Beurteilung, die einen Betrug ausschließt, nicht auch dem Beklagten zugute kommen sollte.

Im Vorstehenden ist nur der notarielle Gründungsakt berücksichtigt, auf den die Klägerin in der ersten Instanz ihre angebliche Täuschung auch allein gestützt hatte. In der Berufungsinstanz hat sie dann geltend gemacht, daß ihr auch der *Zeichnungsbogen* vom 27./30. September 1900 vom Beklagten vorgelegt, und daß sie auch durch diesen, weil er Scheinzeichnungen enthalte, getäuscht worden seien. Ohne auf das Verhältnis des Zeichnungsbogens zu dem zehn Tage später errichteten Gründungsakte einzugehen, hat der Berufungsrichter die Klägerin auch hiermit gehört und auf Grund der Beweiserhebung angenommen, daß der Bogen vier Scheinzeichnungen enthalte, nämlich:

H. mit 70 Aktien (von 75)
Bu. „ 25 „
P. „ 25 „ (von 50)
Sch. „ 60 „

Bei H. handelt es sich um dieselben 75 Aktien, deren Übernahme nachher von ihm im Gründungsakte wiederholt erklärt worden ist. Sie können nach dem vorhin Erörterten hier außer Betracht bleiben. Bu., P. und Sch. aber werden im Gründungsakte nicht erwähnt, haben also trotz der Zeichnung schließlich keine Aktien „übernommen“ (§ 188 HGB.). An dieser Tatsache geht der Berufungsrichter vorüber. Er behandet nicht nur diese vier Zeichnungen, sondern auch die andern auf dem Zeichnungsbogen enthaltenen mit den Übernahme-Erklärungen im Gründungsakte durchaus auf dem gleichen Fuße, addiert die als Scheinzeichnungen gekennzeichneten Beträge aus der einen und der andern Urkunde wie gleichartige Zahlen und stellt die so gewonnene Summe dem Aktienkapitale gegenüber. Wie er sich das Verhältnis der 410 Aktien, von denen der Zeichnungsbogen handelt, zu den 1500 das ganze Grundkapital darstellenden Aktien, von denen im Gründungsakte die Rede ist, denkt, bleibt unklar. Hätte sich der Berufungsrichter das rechtliche Verhältnis, in dem beide Urkunden zu einander stehen, klar gemacht, so würde er erkannt haben, daß der Aktiengesellschaft und den Gründern gegenüber mit der Vollziehung des notariellen Gründungsaktes der Zeichnungsbogen jede Bedeutung verloren hatte und daher zusammen mit dem Gründungsakte auch nicht zu einer Täuschung der von ihm angenommenen Art dienen konnte.

Der Zeichnungsbogen hat folgenden Wortlaut:

„Von der neu zu gründenden Aktiengesellschaft, in welche das Fabrikationsgeschäft der Firma F. J. B. in N. zum Preise nach der Inventur vom 1. Oktober 1900 eingelegt wird, zeichnen wir auf ein Aktienkapital von Mk. 1500000

Mk. . . . . .

Diese Zeichnung hat Gültigkeit, wenn der notarielle Gründungsakt bis längstens 15. Oktober 1900 erfolgt.“

Es folgen dann acht Zeichnungen über zusammen 410000 Mk. außer den bereits erwähnten vier drei andere alles Personen, die der Gründungsakt nicht aufführt, — und endlich eine über 50 Aktien von C., der nachher, im Gründungsakte 125 übernommen hat.

Auch bei dieser Urkunde handelt es sich nicht um Aktienzeichnungen im Rechtssinne, da die Voraussetzungen des § 189 HGB. nicht vorliegen. Die rechtliche Bedeutung der Erklärung, von der ohne weiteres angenommen werden darf, daß der Beklagte sie veranlaßt hat, erschöpft sich darin, daß sich die Unterzeichner mit dem Beklagten und unter einander vereinigten, um die Fabrik des Beklagten in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln, und daß sie sich gegenseitig versprachen, sich bei der Gründung mit den namhaft gemachten Beträgen zu beteiligen. Ob die Erklärung genügend bestimmt war, um eine rechtliche Bindung der Unterzeichner zu erzeugen, mag unerörtert bleiben. Was hier entscheidend in Betracht kommt, ist, daß diese auf Herbeiführung der Gründung abzielende Vorabmachung durch den am 10. Oktober vollzogenen Gründungsakt erledigt war. Tatsächlich haben nicht die acht Unterzeichner der Vorerklärung unter Festhaltung der darin angegebenen Beteiligungsziffer mit dem Beklagten die Aktiengesellschaft errichtet, sondern nur zwei von ihnen mit zwei andern Personen, und auch von diesen zwei nur der eine (H.) unter Festhaltung seiner ursprünglichen Beteiligung. Ein Vergleich der beiden Urkunden, die der Klägerin miteinander vorgelegt sind, mußte dies Verhältnis ohne weiteres klar stellen. Und es ergab sich denn, daß Bu., P. und Sch., mochten sie auch anfangs ihre Beteiligung zugesagt haben, dies bei der Gründung jedenfalls nicht aufrecht erhalten und tatsächlich keine Aktien „übernommen" hatten. Demnach ist es unerfindlich, inwiefern die Klägerin durch den Umstand, daß die ursprüngliche Beteiligungserkärung dieser Personen nur zum Scheine abgegeben sein soll, getäuscht werden konnte.

Im übrigen beruht die Annahme eines Scheingeschäfts bei dieser Erklärung auf demselben Fehler, der vorhin bereits erwähnt wurde. Was die Unterzeichner erklärten, erklärten sie nicht nur dem Beklagten gegenüber, sondern ebensogut auch gegenüber den andern Personen, die nach ihnen oder vor ihnen den Bogen unterschrieben. Es war die Eingehung einer nach bürgerlichem Rechte zu beurteilenden Gesellschaft. Abmachungen mit einem der Gesellschafter, daß die abgegebene Erklärung zwischen diesem Gesellschafter und dem Erklärenden keine Bedeutung haben solle, berührten die andern Gesellschafter nicht.

Da der Betrug nur auf die Vorlegung der beiden Urkunden gestützt wird, kann nichts darauf ankommen, welche Beweggründe dafür maßgebend gewesen sind, daß statt der acht Personen des Zeichnungsbogens die vier Personen des Notariataktes neben dem Beklagten als Gründer aufgetreten sind. Es liegen über diese Beweggründe weder Parteibehauptungen, noch richterliche Feststellungen vor. In den Zeugenaussagen wird gelegentlich erwähnt, der Notar habe den Rat gegeben, um an den Anzeigekosten zu sparen, nur die gesetzliche Mindestzahl der Gründer aufzuführen; diese möchten sich von den andern Reverse wegen Abnahme eines Teiles der von ihnen übernommenen Aktien geben lassen. Wie es damit im einzelnen zugegangen ist, ergibt sich nicht. Insbesondere ist nichts darüber vorgebracht oder festgestellt, ob und wann Bu., P. und Sch. derartige Reverse ausgestellt haben, Daß der Zeichnungsbogen mit Rücksicht auf die Sonderabmachungen, die zwischen dem Beklagten und einzelnen Unterzeichnern bestanden, unter Hinzutritt besonderer Erklärungen möglicherweise auch noch nach der Gründung zum Mittel einer Täuschung hätte dienen können, soll nicht verkannt werden. Es kann darauf aber nichts ankommen, weil irgend welche mündliche Erklärungen nicht behauptet sind.

Fällt hiernach die vom Berufungsgericht angenommene Täuschung in sich zusammen, so ist endlich noch darauf hinzuweisen, daß auch von dem Standpunkte aus, den das Berufungsgericht eingenommen hat, der Kausalzusammenhang zwischen der vermeintlichen Täuschung und dem Geschäftsabschlusse — das Bestimmtwerden zum Geschäftsabschlusse durch die Täuschung nach § 123 BGB. — zu vermissen ist. Da das Kaufgeschäft volleingezahlte Aktien zum Gegenstande hatte, kann auf die Zahlungsfähigkeit der Übernehmer oder Zeichner nichts ankommen. Sollte aber darauf Gewicht gelegt werden, daß sich die Klägerin etwa auf die Sachkunde und Vorsicht der sog. Scheinzeichner verlassen habe, so hätten über deren Persönlichkeit mindestens genauere Angaben gemacht werden müssen, woran es gänzlich fehlt. Und es wäre weiter aufzuklären gewesen, inwiefern die Klägerin in dieser Hinsicht durch den größeren oder kleineren Umfang oder die längere oder kürzere Dauer der Beteiligung dieser Personen — denn nur darum kann es sich handeln — irre geführt sei. Auch steht die Tatsache fest, daß die Klägerin das Kaufgeschäft nicht etwa blind auf den Namen der Projektanten oder der Gründer hin abgeschlossen hat, sondern daß ihr Teilhaber M. K. zuvor sich persönlich durch Einsicht der Geschäftsbücher von dem Stande des Unternehmens aufs genaueste unterrichtet hat.

Hiernach ergibt sich, daß das OLG. zu Unrecht aus dem festgestellten Sachverhältnis abgeleitet hat, daß die Klägerin durch eine arglistige Täuschung des Beklagten zur Eingehung des Kaufgeschäfts bestimmt worden sein. Demnach unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung. Die Sache erscheint aber auch spruchreif, weil unerledigte Behauptungen der Klägerin nicht vorliegen, die aufgestellten aber aus Rechtsgründen nicht geeignet sind, die Anfechtung des Kaufgeschäfts aus § 123 BGB. zu stützen. * * *

Übergang der Rechte aus einer Konkurrenzklausel auf den Käufer des Geschäfts.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 5. Jan. 1907 I. 308. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Unbedenklich ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß das Versprechen der Konkurrenzenthaltung, das, wie der Vertrag selbst sagt, „zu Gunsten des verkauften Geschäfts" wirken sollte, als ein zu diesem Geschäfte gehöriger Vermögensbestandteil zu betrachten sei, der von dem ersten Käufer mit dem Geschäfte auf die Klägerin übertragen werden konnte und auch übertragen worden ist.

Literatur.

Eingänge.

Frank, Dr. Alfons, Amtsgerichtsrat a. D. Verkehrsleben und Rechtsentwickelung. Ein Vorschlag zur einfacheren und volkstümlicheren Gestaltung von Verfassung und Verfahren der Gerichte. Freiburg i. B. 1907. J. Bielefelds Verlag. Mk. 0.60

Frank, Dr. Alfons, Amtsgerichtsrat a. D. Die Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung. Freiburg i. B. 1907. J. Bielefelds Verlag. Mk. 0.60.

Hallbauer, Max, Senatspräsident am Königlichen Oberlandesgericht zu Dresden und Fuchs, Dr. Theodor, Rechtsanwalt in Leipzig. Das Pfandrecht. Ein Leitfaden durch das Pfandrecht und ein Hilfsbuch für alle, die sich mit Pfand-, Lombard- und ähnlichen Geschäften zu befassen haben. Leipzig 1907. Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg.

Heymann, Dr. jur. Wilhelm, die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrecht. Leipzig 1907. Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg.

Hoeniger, Dr. Franz, Rechtsanwalt am Königlichen Kammergericht in Berlin und Nast, Dr. Leo zu Berlin. Maklermerkbuch, Handbuch für den gesamten Bau-, Grundstücks- und Hypothekenverkehr. Eingeleitet von K. Stern-Simon zu Frankfurt a. M. und herausgegeben im Auftrage des Verbandes Deutscher Grundstücks- und Hypotheken-Makler-Vereine. Berlin und Leipzig. Verlag von Hermann Seemann Nachfolger.

Oertmann, Professor Dr. P., Sammlung Göschen, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, zweites Buch: Schuldrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Lehren. Leipzig 1907. G. J. Göschen'sche Verlagsbuchhandlung. Geb. Mk. 0.80.

Oertmann, Professor Dr. P., Sammlung Göschen Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, zweites Buch: Schuldrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Schuldverhältnisse. Leipzig 1907. G. J. Göschen'sche Verlagsbuchhandlung. Geb. Mk. 0.80.

Wilmowski von B., Regierungsrat. Das preußische Einkommensteuergesetz vom 24. Juni 1891 in der Fassung der Novelle vom 19. Juni 1906. Zweite Auflage. Breslau 1907. J. U. Kern's Verlag (Max Müller).

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Kommentar zum preuß. Einkommensteuergesetz

von **B. Fuisting**

Wirkl. Geh. Ober-Regierungsrat, Senatspräsidenten des Königl. Oberverwaltungsgerichts

völlig neu bearbeitete **7. Auflage** (Fuisting, Die preußischen direkten Steuern Band 1)

Preis gebunden 20 M., postfrei 20,50 M.

Aus dem Vorwort: In der 7. Auflage dieses Werkes hatte der Verfasser eine schwere Aufgabe zu lösen. Es handelte sich nicht nur um die erweiterte Berücksichtigung der neuen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen Handelsrechts sowie um die Einführung des in fortschreitender Entwickelung des Steuerrechts durch die Rechtsprechung gebotenen reichhaltigen Stoffs, sondern an erster Stelle um die Erläuterung der durch die Novelle vom 19. Juni 1906 bewirkten zahlreichen und zum Teil tief eingreifenden Aenderungen in den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes. — Die neue Auflage übertrifft die frühere nicht nur an Umfang, sondern sie stellt infolge einer gründlichen Durcharbeitung zu großen Teilen ein neues Werk dar, das den Steuerpflichtigen ein zuverlässiger Wegweiser, den Behörden und ihren Beamten ein sicherer Leitfaden, den Vertretern der Wissenschaft eine nutzbare Quelle zur Bereicherung des Wissens sein wird.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat **Dr. Paul Holdheim.**
Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 6. **Berlin, Sonnabend 8. Juni 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906 (Fortsetzung). Von Reichsgerichtsrat Meyn. — Die Gesellschaftskündigung seitens des Gläubigers eines Gesellschafters und deren Rechtsnatur gemäß § 725 BGB, § 135 HGB. Von Landgerichtsrat Dr. Marcus, Berlin. — Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit: III. Die Einwirkung des Offizialöschungsverfahrens auf die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister. IV. Der Nachweis der Rechtsnachfolge und die Auskunftspflicht der Beteiligten gegenüber dem Registergericht. Von Rechtsanwalt Dr. Josef, Freiburg i. B. — Entscheidungen des Reichsgerichts: Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben. Verkehrssitte. Handelsgebrauch und Minderkaufmann. — Konkurrenzklausel. Begriff „Beteiligung“. — Zum Begriffe der offenen Handelsgesellschaft. — Kommanditgesellschaft. Aufrechnung gegenüber dem Anspruch auf Zahlung der rückständigen Kommanditeinlage. — Gattungskauf, Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung. — Offene Handelsgesellschaft, Übernahme der Verbindlichkeit der Abfindung eines früheren Gesellschafters. — Erfüllungsort beim Verkauf einer schwimmenden Ladung. — Binnenschiffahrtsgesetz. Gültigkeit der Hamburger Ewerführerbedingungen — Seerecht. Konossementsklauseln. — Aus der Praxis der Handelsregistergerichte: Ist der Prokurist zur Gründungsbeteiligung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als legitimiert anzusehen? — Über die Grenzen des Ordnungsstrafrechts. — Bedeutung des Widerrufs der Gesellschaftsanmeldung seitens eines Gesellschafters. — Literatur.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.*)

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895.

B. Tarif.

Nr. 1. **Tarifst. 2.** (**Abtretung von Rechten.**) Wenn bei Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter die gesamten Aktiven und Passiven der Gesellschaft gegen Barabfindung des anderen übernimmt und sich unter den Aktiven Forderungsrechte befinden, so sind diese gemäß Abs. 2 (nicht Abs. 1) der Tarifst. 25 mit dem Abtretungsstempel der Tarifst. 2 zu belegen, soweit ein Sonderbetrag für die Überlassung der Forderungsrechte festgesetzt ist. (Soweit das Entgelt für die Überlassung von Forderungsrechten und beweglichen oder unbeweglichen Sachen in ungetrennter Summe festgesetzt ist, ist gemäß § 10 Abs. 1 der höhere Steuersatz zu entrichten.

Urt. des VII. ZivSen. vom 30. Mai 1905 (74. 03), vom 27. Juni 1905 (562 04) und vom 23. November 1906 (56. 06). Das Nähere s. zu Tarifst. 25 d.

* * *

Nr. 2. **Tarifst. 2.** (**Abtretungsstempel.**) Bei Veräußerung eines Handelsgeschäftes als Ganzen ist Gegenstand des Vertrages die Summe der zu dem Geschäft gehörigen Sachen und Rechte. Soweit hiernach Forderungen den Gegenstand der Veräußerung bilden und soweit hierfür ein besonderes Entgelt festgesetzt ist, ist der Abtretungsstempel der Tarifst. 2 zu entrichten; andernfalls findet die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Anwendung.

Urt. des VII. ZivSen. vom 23. Nov. 1906. 56. 06.

* * *

Nr. 3. **Tarifst. 8.** (**Auflassungsstempel**) **Abs. 1.** Wenn eine Aktiengesellschaft, deren Aktien sich sämtlich in den Händen einer anderen Aktiengesellschaft befinden und die beschlossen hat, gegen Überlieferung

*) In Nr. 5 dieser Zeitschrift S. 107 muß es in der Überschrift der Nr. 11 statt „handeln kann“ „handeln können“ heißen.

dieser sämtlichen Aktien der anderen Aktiengesellschaft ihr ganzes Vermögen zu übertragen, durch ihren Liquidator ihre Grundstücke jener Aktiengesellschaft auflässt, ohne einen Veräußerungsvertrag vorzulegen, so ist der Auflassungsstempel zu erheben. Die in der Tarifst. 25 d Abs. 3 vorgesehene Stempelermäßigung findet auf den Auflassungsstempel keine Anwendung.

Urt. des VII. ZivSen. vom 17. Nov. 1905. 68. 05.

Die Generalversammlung der klagenden Aktiengesellschaft, welche die sämtlichen Aktien einer anderen Aktiengesellschaft X zum Nennwert von 600 000 Mk. in Händen hatte, ermächtigte durch notariellen Beschluß vom 6. März 1903 ihren Vorstand und Aufsichtsrat, den dem notariellen Protokoll im Entwurf beiliegenden Vertrag mit der Aktiengesellschaft X abzuschließen, durch den sie von dieser deren gesamtes Vermögen gegen Überlieferung der sämtlichen 600 000 Mk. Aktien dieser Gesellschaft an sie zur Vernichtung für sich erwarb. Die Aktiengesellschaft X faßte zu notariellem Protokoll vom 5. Mai 1903 einen Generalversammlungsbeschluß dahin, die Gesellschaft aufzulösen und den Vorstand und Aufsichtsrat zu ermächtigen, den dem Protokoll im Entwurf beigefügten mit dem oben bezeichneten gleichlautenden Vertragsentwurf mit der anderen Gesellschaft abzuschließen; gleichzeitig wurde der Kaufmann G. zum alleinigen Liquidator ernannt und ermächtigt, das gesamte Gesellschaftsvermögen gegen Empfangnahme der 600 000 Mk. Aktien an die klagende Gesellschaft zu übertragen. G. ließ alsdann die in zwei verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegenen Grundstücke der Aktiengesellschaft X unter Vorlegung des Generalversammlungsbeschlusses derselben vom 5. Mai 1903 an die Klägerin auf. Für die Auflassung erhob die Gerichtsschreiberei des einen Amtsgerichts einen Auflassungsstempel von rund 5800 Mk. entsprechend dem Wert der dort aufgelassenen Grundstücke, die andere Gerichtsschreiberei erhob einen Stempel von 6000 Mk. als einprozentigen Wertstempel, weil nicht angegeben worden war, welcher Betrag von den 600 000 Mk. auf die in diesem Bezirk belegenen Grundstücke entfiel, und deshalb 1% des Nennwertes der Aktien als maßgebend erachtet wurde. Die klagende Aktiengesellschaft entrichtete beide Stempelbeträge. Von dem Stempel von 6000 Mk. zahlte der Fiskus ca. 5000 Mk. zurück. Die Klage der Aktiengesellschaft auf Rückzahlung der anderen Beträge wurde in den beiden ersten Instanzen abgewiesen; Das Revisionsgericht hob auf und verwies zurück.

Gründe des Revisionsurteils:

Der Stempel der Tarifst. 8 StempG. ruht auf der Urkunde über die Auflassung, das ist die erklärte Einigung über die Übertragung des Grundstückseigentums (§§ 925, 873 des BGB.). Die Stempelpflichtigkeit ist hiernach nur gegeben, wenn der Auflassungs-Erklärung eine freiwillige Veräußerung zu Grunde liegt. Der Berufungsrichter nimmt an, daß diese Voraussetzung hier zutrifft. Insoweit ist ihm eine Rechtsverletzung nicht zum Vorwurf zu machen. Die Klägerin zwar vertritt die Meinung, daß sie schon vor der Auflassung das Eigentum an den deren Gegenstand bildenden Grundstücken kraft Gesetzes erworben habe und daß deshalb der Auflassung eine Veräußerung nicht zu Grunde liege. Diese Meinung findet aber im Tatbestande keinen Boden. Dadurch, daß die sämtlichen Aktien der Aktiengesellschaft X in einer Hand, nämlich der der Klägerin, vereinigt waren, ist eine Eigentumsänderung am Ganzen oder an den einzelnen Stücken des Vermögens der erstgenannten Gesellschaft noch nicht eingetreten. Sie standen nach wie vor im Eigentum dieser Gesellschaft, deren Rechtspersönlichkeit durch jene Vereinigung ihrer Aktien in einer anderen Rechtsperson nicht untergegangen war. Diese Vereinigung war eine äußerlich nicht hervortretende Tatsache, die in jedem Augenblicke wieder beseitigt werden konnte. Der Untergang der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft X und der Übergang ihres Vermögens auf die Klägerin konnte nur durch einen hierauf gerichteten, äußerlich in erkennbarer Weise kundgegebenen Rechtsakt herbeigeführt werden. An einem solchen Rechtsakt fehlt es hier. Durch die Generalversammlungsbeschlüsse vom 6. März und 5. Mai 1903 wird er nicht ersetzt. Im ersteren erteilt die Klägerin ihrem Vorstand und Aufsichtsrat die Ermächtigung, das gesamte Vermögen der Gesellschaft X zu erwerben, im anderen wird von der Gesellschaft X ihre Auflösung beschlossen und ihr Vorstand und Aufsichtsrat ermächtigt, das gesamte Gesellschaftsvermögen auf die Klägerin zu übertragen. Bis zur Vollendung der gleichzeitig beschlossenen Liquidation bestand diese Gesellschaft ungeachtet des Auflösungsbeschlusses als Liquidations-Aktiengesellschaft noch fort (§ 294 HGB.). Daß auf Grund der erteilten Ermächtigungen ein rechtsgültiger Vertrag über die Veräußerung des Gesamtvermögens (§ 311 BGB.) an die Klägerin geschlossen worden sei, hat diese nicht dargetan. Ein Fall der eine Gesamtrechtsnachfolge begründenden Vereinigung der Gesellschaft X mit der Klägerin im Sinne des § 305 HGB. ist hiernach nicht vorhanden; weder hat die erstere ihr Vermögen als Ganzes an die Klägerin übertragen, noch hat sie als Gegenleistung Aktien der übernehmenden Gesellschaft, also der Klägerin, erhalten. Auch der § 303 HGB., der eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen als zulässig erklärt, ist nicht anwendbar, da ein solches Veräußerungsgeschäft nicht nachgewiesen ist. Eine derartige Verwertung hätte übrigens keine Gesamtrechtsnachfolge bewirkt und es wäre deshalb zur Eigentumsübertragung an den Grundstücken der veräußernden Gesellschaft deren Auflassung erforderlich geblieben. Erst durch diese Auflassung wurde deshalb hier die Veräußerung der Grundstücke herbeigeführt. Die Auflassung war auch eine freiwillige. Ein Zwang zur Eigentumsübertragung bestand für die Gesellschaft X nicht. Sie hatte als selbständige Rechtsperson ihren eigenen, selbständigen Willen und auch noch nach ihrer Auflösung ein Organ zur Ausführung ihres Willens, den Liquidator G. Ihre rechtliche Selbständigkeit und Willensfähigkeit wurde auch dadurch nicht beseitigt, daß die Klägerin als Alleinbesitzerin aller Aktien tatsächlich in der Lage war, über den Willen der anderen Gesellschaft zu verfügen. Trotz dieses Herrschaftsverhältnisses bedurfte es zur Übertragung des Grundstückseigentums auf die Klägerin eines rechtsgeschäftlichen Willensaktes des Willensorgans der Gesellschaft X als des veräußernden Teils. Ein auf Gesetz beruhender Anspruch der klagenden Gesellschaft, die rechtlich nur als Erwerberin in Betracht kam, auf Eigentumsübertragung, wie er z. B. bei der auf Grund der Wandelung eines Kaufvertrages erfolgenden Rückauflassung gegeben ist, bestand im vorliegenden Falle nicht. Die Auflassungen an die Klägerin waren hiernach an sich stempelpflichtige Rechtsgeschäfte im Sinne der Tarifst. 8.

Diese Stempelpflichtigkeit wird nicht schon durch den Umstand allein beseitigt, daß nach der Tarifst. 25 d bei einer durch Gesellschaftsvertrag erfolgenden Übertragung von Einzelstücken des Gesellschaftsvermögens an einen Gesellschafter derjenige Teil der zum Sondereigentum überlassenen Vermögensgegenstände für die Stempelbe-

rechnung außer Betracht bleibt, welcher der Beteiligung des erwerbenden Gesellschafters an der Gesellschaft entspricht. Wäre diese für die Versteuerung der obligatorischen Gesellschaftsverträge gegebene, erst bei der Schlußberatung des StempG. (Verhandl. des AbgH. 1895 Drucks. S. 2498, 2507) der Tarifst. 25 d als Abs. 3 eingefügte Vorschrift auch für den Auflassungsstempel maßgebend, so würde freilich, da die Beteiligung der Klägerin an der Gesellschaft X nicht eine bloß teilweise, sondern eine das gesamte Vermögen der letzteren umfassende war, der Auflassungsstempel hier vollständig in Wegfall kommen, obschon ein Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen ist. Aber gerade der Umstand, daß eine ähnliche Einfügung bei der Tarifst. 8 nicht vorgenommen ist, ergibt, daß bei der Berechnung des Auflassungsstempels die bei den Gesellschaftsverträgen zugelassene Ermäßigung oder Befreiung nicht Platz greifen sollte. Ein Bedürfnis zu einer derartigen Ergänzung der Tarifst. 8 war auch nicht vorhanden, da die Auflassungsbeteiligten es in der Hand haben, durch den Abschluß und die Vorlegung eines obligatorischen Vertrages über die beabsichtigte Grundstücksübereignung, für dessen Versteuerung der Abs. 3 der Tarifst. 25 d maßgebend sein muß, gemäß Abs. 3 der Tarifst. 8 den Auflassungsstempel auszuschließen und damit die durch die erstere Vorschrift gewährte Vergünstigung für sich auszunutzen. Von diesem Mittel haben hier die Beteiligten nicht Gebrauch gemacht.

* * *

Nr. 4. **Tarifst. 8. (Auflassungsstempel) Abs. 3.** Belehrt der Grundbuchrichter die Beteiligten nicht in einer der AllgMinistVerfügung v. $\frac{\text{29. Febr. 1896}}{\text{17. Juli 1900}}$ entsprechenden Weise, so beginnt die in der Tarifst. 8 Abs. 3 bestimmte Frist für die Einreichung der das Veräußerungsgeschäft enthaltenden Urkunde erst mit der ordnungsmäßigen Belehrung der Beteiligten zu Protokoll und der Zustellung der dem vorgeschriebenen Formular entsprechenden Mitteilung.

Urt. des VII. ZivSen. vom 17. Nov. 1905. 68. 05.

In der unter Nr. 3 aufgeführten Sache wurde das Berufungsurteil aus folgenden Gründen aufgehoben.

Das Berufungsurteil unterlag der Aufhebung, weil es eine ausreichende Prüfung vermissen läßt, ob die Auflassungen nicht bei ordnungsgemäßer Anwendung der Vorschrift des Abs. 3 der Tarifst. 8 durch den Grundbuchrichter vom Auflassungsstempel hätten freigelassen werden müssen.

Dieser Abs. 3 bestimmt, daß die Auflassungserklärung „dem Wertstempel nicht unterworfen" ist, wenn mit ihrer Verlautbarung oder innerhalb einer mit dem Tage der Zustellung der Aufforderung zur Zahlung der Gerichtskosten beginnenden Frist von zwei Wochen die das Veräußerungsgeschäft enthaltende, in an sich stempelpflichtiger Form ausgestellte Urkunde in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift vorgelegt wird. Eine negative Voraussetzung der Stempelpflichtigkeit ist es daher, daß diese Vorlegung weder sofort, noch auch innerhalb der Frist geschieht. Daß aber die Vorlegung innerhalb dieser Frist nicht erfolgt sei, steht hier nach Lage der Sache noch nicht fest. Zu dem Abs. 3 der Tarifst. 8 sind gemäß § 36 Abs. 1 StempG. die Ausführungs-Bekanntmachung des Finanzministers vom $\frac{\text{13. Febr. 1896}}{\text{22. Sept. 1900}}$ und die Allgemeine Verfügung des Finanzministers und des Justizministers vom $\frac{\text{29. Febr. 1896}}{\text{17. Juli 1900}}$ ergangen. In ihnen ist bestimmt, im Falle der Nichtvorlegung der Urkunde über das Veräußerungsgeschäft habe der Grundbuchrichter die Beteiligten darüber zu vernehmen, ob sie eine Urkunde überhaupt nicht vorlegen wollen, und sie über die Folgen der Nichtvorlegung zu Protokoll zu belehren; es sei Pflicht des Grundbuchrichters, zu prüfen, ob im Falle der Beurkundung des Abkommens der Urkundenstempel niedriger sein würde als der Auflassungsstempel. Der Kostenrechnung sei eine Mitteilung nach dem amtlichen Formular I zu § 16 der Allgemeinen Verfügung beizufügen. Dies Formular enthält die Belehrung, daß durch rechtzeitige Vorlegung der Urkunde über das Veräußerungsgeschäft in allen denjenigen Fällen eine Ersparnis an Stempelkosten herbeigeführt werde, in denen der Stempel für die Urkunde niedriger ist als der Auflassungsstempel, daß eine solche Urkunde auch noch nach der Auflassung errichtet werden könne, daß sie aber, wenn dadurch die Nichterhebung des Auflassungsstempels erzielt werden sollte, innerhalb einer zweiwöchigen Frist eingereicht werden müsse. In der ABf. vom 13. Juni 1900 (JMBl. 501) hat ferner der Justizminister im Einverständnisse mit dem Finanzminister noch besonders angeordnet, der Grundbuchrichter solle die Beteiligten befragen, welches Rechtsgeschäft der Auflassung zu Grunde liege, und darauf bedacht sein, zu ermitteln, ob einer der Fälle vorliegt, in dem es dem Interesse der Parteien entspricht, das Veräußerungsgeschäft zu beurkunden; dabei habe er sorgsam allen Anzeichen nachzugehen, die sich aus den Erklärungen der Parteien, dem Akteninhalt und der ganzen Sachlage für das Vorhandensein eines nicht dem Wertstempel von 1 % unterliegenden Rechtsgeschäfts ergeben. Daß diese den Abs. 3 der Tarifst. 8 ergänzenden, sich im Rahmen von Ausführungsvorschriften haltenden Bestimmungen ebenso wirken, als wenn sie in das Gesetz selbst aufgenommen wären, ist in dem Beschlusse des jetzt erkennenden Senats vom 22. Januar 1904 (Entsch. 56, 374) eingehend dargelegt. Auf diesen Beschluß kann hier verwiesen werden. Bei den in Frage stehenden Auflassungen begann hiernach die Frist zur Nachbringung der Urkunde über das Veräußerungsgeschäft erst nach ordnungsmäßiger Belehrung der Beteiligten zu Protokoll und Zustellung der dem Formular 1 entsprechenden Mitteilung. Fehlt es auch nur an einem dieser beiden Erfordernisse, so hat die Frist noch nicht zu laufen begonnen und die Klägerin ist noch jetzt in der Lage, durch Aufnahme einer Urkunde über das Veräußerungsgeschäft und deren Vorlegung beim Grundbuchrichter sich von der Verpflichtung zur Zahlung des Auflassungsstempels zu befreien. Der Abschluß eines Veräußerungsvertrages mit der Gesellschaft X ist auch jetzt noch rechtlich möglich, da die Liquidation der letzteren noch nicht beendet ist, ihre Rechtspersönlichkeit deshalb als noch fortbestehend anzusehen ist.

Hat im Einzelfalle die Vorlegung der das Veräußerungsgeschäft enthaltenden Urkunde nicht stattgefunden, so wird zwar in dem über die Verpflichtung zur Entrichtung des Auflassungsstempels angestellten Rechtsstreite der Prozeßrichter regelmäßig keinen Anlaß zur Erörterung der Frage haben, ob jene Belehrung und Mitteilung ordnungsmäßig erfolgt sind; es wird vielmehr anzunehmen sein, daß die im Verwaltungswege erlassenen Ordnungsvorschriften vom Grundbuchrichter befolgt sind und es wird Sache des zur Stempelentrichtung Herangezogenen sein, die Nichtbefolgung dieser Vorschriften zu rügen.

Im vorliegenden Falle jedoch ist nach der unbestrittenen Behauptung der Klägerin der Generalversammlungsbeschluß vom 5. Mai 1903 nebst dem Inhalts des Beschlusses ihm angehängten Vertragsentwurfe dem Grundbuchrichter vorgelegt worden. Dieser Vertragsentwurf in Verbindung mit dem Beschlusse ergab, daß die Erwerberin der Grundstücke im Eigentumsbesitze der sämtlichen Aktien der veräußernden Gesellschaft war. Es war daher die Pflicht des Grundbuchrichters, die Beteiligten zu belehren, daß bei Vollziehung des Vertragsentwurfs oder urkundlichem Abschluß eines anderweiten der Auflassung zu Grunde zu legenden Veräußerungsvertrages ein Wertstempel für diesen nach der Tarifst. 25 d Abs. 3 nicht erhoben werden und der Auflassungsstempel erspart werden würde. Da der im Interesse der Beteiligten liegende Vertragsschluß nicht erfolgt ist, liegt die Annahme nahe, daß der Grundbuchrichter entweder die erforderliche Belehrung unterlassen oder — möglicherweise in der irrigen Annahme, der Generalversammlungsbeschluß enthalte den Veräußerungsvertrag — eine irreführende Belehrung erteilt hat. Letzteres steht aber dem Fehlen der Belehrung gleich. Da der Generalversammlungsbeschluß und der angehängte Vertragsentwurf auch Gegenstand der Verhandlung vor dem Berufungsrichter gewesen sind, war es dessen Aufgabe, gemäß § 139 ZPO. behufs Ergänzung der ungenügenden Angaben der geltend gemachten Tatsachen zur Erörterung zu bringen, ob und in welcher Weise die erforderliche Belehrung und Mitteilung seitens des Auflassungsrichters an die Auflassungsbeteiligten erfolgt sind und ob hiernach die Voraussetzungen der Steuerpflicht aus der Tarifst. 8 Abs. 3 gegeben sind. Mangels einer solchen Erörterung mußten die beiden Berufungsurteile aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

* * *

Nr. 5. **Tarifst. 8 (Auflassungsstempel) Abs. 3.** Die Vorschrift des Abs. 3, daß der Auflassungsstempel nicht zu erheben ist, wenn die das Veräußerungsgeschäft enthaltende, in an sich stempelpflichtiger Form ausgestellte Urkunde vorgelegt wird, kann infolge der Bestimmung des § 313 Satz 1 BGB. jetzt nur noch dergestalt entsprechend Anwendung finden, daß es nunmehr genügt, wenn eine Beseitigung des Formmangels erst nach Vorlegung der Urkunde durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 28. April 1905. 450. 04.

Das Nähere s. zu Tarifst. 32.

* * *

Nr. 6. **Tarifst. 22 l. (Genehmigung zum Betriebe von Privatanschlußbahnen.)** Begriff der „Kosten der Anlage", nach denen sich der Steuersatz bemißt. Gehören dazu unter anderem die Grunderwerbskosten?

Urt. des VII. ZivSen. vom 13. Juli 1905. 591. 04.

Eine Gesellschaft hatte von dem zuständigen Regierungspräsidenten gemäß dem Kleinbahngesetz die polizeiliche Genehmigung zur baulichen Herstellung und zum Betriebe einer Anschlußbahn von den ihr gehörigen Gasanstalten M. nach der preuß. Staatsbahn erhalten. Die Stempelsteuerbehörde sah bei der Verstempelung der Genehmigungsurkunde nach Tarifst. 221 als Kosten der Anlage folgende Posten an: 1) Erd- und Oberbauarbeiten, 2) Fernsprechkabel auf dem Gaswerk, 3) Landerwerb, 4) Entschädigungen, 5) Eisenbahnkabel, 6) Reichspostkabel, 7) Umbau der L.. nitzer Straße, 8) Kostenbeitag für den Umbau der Station der Staatsbahn. Die Gesellschaft bestritt, daß die Beträge unter Nr. 3—8 als Kosten der Anlage anzusehen seien und forderte deshalb den entsprechenden, von ihr entrichteten Stempelbetrag zurück. Der Berufungsrichter und das RG. wiesen die Klage ab.

Gründe des Revisionsurteils:

Die Tarifst. 221 verdankt ihre Entstehung einem bei der dritten Beratung des StempG. gefaßten Beschlusse des Abgeordnetenhauses, für welchen eine Begründung fehlt. Nach dem Entwurfe des Gesetzes war in der Tarifst. 22 d die Versteuerung der Genehmigung zur Errichtung der in § 16 der RGO. und den dazu ergangenen und ferner ergehenden Beschlüssen des Bundesrats bezeichneten Anlagen nach dem Werte dieser Anlagen vorgesehen. Um die Schwierigkeiten einer Schätzung des Wertes in jedem einzelnen Falle zu vermeiden, wurde in der Kommission des Abgeordnetenhauses beschlossen, nicht den Wert, sondern die zur Errichtung der Anlage wirklich aufgewendeten Kosten als Maßstab der Besteuerung festzusetzen. Was der Gesetzgeber unter den Kosten der Anlage verstanden wissen will, ist aus dem Gesetze selbst nicht zu entnehmen. Man erachtete in der Kommission nur die Kosten der konzessionspflichtigen Anlage für stempelpflichtig, so daß z. B. bei der Errichtung einer chemischen Fabrik nur die Fabrikanlage selbst, nicht die zu erbauenden Beamten- und Arbeiterwohnhäuser in Rechnung zu stellen seien. Auf eine Anfrage, ob auch der Wert des Grund und Bodens, auf dem die Anlage hergestellt werden solle, zu den Anlagekosten zu rechnen sei, ist von den Vertretern der Staatsregierung eine Erklärung nicht abgegeben. Als Willen des Gesetzgebers wird man daher ansehen dürfen, daß jedenfalls nicht die gelegentlich der Errichtung einer genehmigungsbedürftigen Anlage, wenn schon im Zusammenhange mit ihr vorgenommenen baulichen Maßnahmen für die Höhe des Stempels in Betracht zu ziehen sind, daß es sich vielmehr um die durch jene Anlage bedingten Kosten handeln muß. Es ist aber weder aus der Fassung des Gesetzes noch aus den parlamentarischen Erörterungen zu entnehmen, daß der Begriff der Anlagekosten nur in dem engsten, unmittelbar auf den Bau der Anlage, also auf das Werk selbst beschränkten Sinne verstanden werden solle und das alle Nebenkosten, die der Sprachgebrauch gleichfalls als Anlagekosten im weiteren Sinne zu bezeichnen pflegt, unberücksichtigt zu bleiben hätten. Es entscheidet eben nicht der Wert der Anlage, sondern der tatsächlich für ihre Schaffung erforderlich gewesene Betrag. Auch der Grund der Steuervorschrift spricht gegen die enge Auslegung des Begriffs der Anlagekosten. Es sollte dem Staate durch die für die besondere Inanspruchnahme amtlicher Tätigkeit für private, der Erzielung von Gewinn dienende Zwecke zu erhebende Abgabe, die sich in mäßigen Grenzen hält, eine Mehreinnahme zugeführt werden (vgl. Hummel-Specht Anm. 1 zu Tarifst. 22). Für die Auslegung nicht verwertbar ist der Umstand, daß in der Tarifst. 221 als Gegenstand der Besteuerung die Genehmigung zum Betriebe von Privatanschlußbahnen bezeichnet ist. Der Steuersatz bemißt sich lediglich nach den

Kosten der Anlage. Zu erörtern ist, was der Unternehmer hat aufwenden müssen, um die Bahn betriebsfertig herzustellen. Prüft man von diesem Gesichtspunkt aus die streitigen Ansätze, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Berufungsrichter sie sämtlich ohne Rechtsirrtum zu den Anlagekosten rechnen konnte. Was zunächst die Grunderwerbskosten betrifft, so mag es zwar richtig sein, daß der Grund und Boden nur insoweit zu der Anlage selbst gehört, als diese aus ihm hergestellt worden ist. Sofern er aber dem Unternehmer nicht zur Verfügung stand, mußte er doch angekauft werden, damit die Bahn gebaut werden konnte. Ohne den notwendigen Landerwerb ist die Ausführung des Privatanschlusses unmöglich und deshalb dürfen die für diesen Erwerb verausgabten Beträge ebenso wie der für Entschädigung der Anlieger verwendete Betrag, als Anlagekosten in dem oben angedeuteten, weiteren Sinne gelten. Dies ist auch von den Kosten zu sagen, welche der Klägerin dadurch erwachsen sind, daß sie die bereits vorhandene Gleisstrecke von der Firma B. & H. hat ankaufen müssen. Sie benötigte ihrer für das neue Unternehmen. Wenn in der Literatur — mit Rücksicht auf die Verhandlungen in der Kommission — die Ansicht vertreten wird, daß der Wert des Grund und Bodens niemals den Anlagekosten hinzugerechnet werden könne (Hummel-Specht Anm. 22 zu Tarifst. 22 d, Anm. 41 zu Tarifst. 221, Heinitz 2. Aufl. Anm. 4 zu Tarifst. 22 d), so geht dies zu weit und findet in den Verhandlungen keine ausreichende Stütze, da die Anfrage aus der Mitte der Kommission unbeantwortet geblieben ist.

Die übrigen Positionen anlangend, so ist unstreitig, daß die Herstellung der Kabel (5,6) wie der Umbau der L.. witzer Straße und der Beitrag für den Umbau der Station M. (7, 8) als Bedingungen für die Genehmigung des Anschlußgleises aufgestellt worden sind. Die Anlage d. i. die betriebsfertige Herstellung der Privatanschlußbahn erforderte also den Aufwand auch dieser Nebenkosten. Sie stehen in einem notwendigen, nicht bloß gelegentlichen Zusammenhange mit der Anlage, welche die Klägerin nur errichten konnte, wenn sie sich entschloß, die ihr gemachten baulichen Auflagen zu erfüllen, und sie sind daher gleichfalls Anlagekosten d. i. Aufwendungen, die das Unternehmen zu seiner Durchführung erheischte. Auch Hummel-Specht (Anm. 41 a. a. O.) zählen zu den für die Stempelberechnung in Betracht kommenden Kosten alle nach § 3 der allg. Bedingungen für die Zulassung von Privatanschlüssen an Staatseisenbahnen vom 21. Mai 1900 der Eisenbahnverwaltung zu erstattenden Kosten, wozu nicht bloß die Kosten für die Herstellung der Anschlußanlagen selbst, sondern auch die Kosten für die durch jene Anlagen bedingten Änderungen und Erweiterungen der Staatseisenbahn, ferner die sogenannten Generalunkosten und die für das Grundeigentum zu gewährende laufende Entschädigung gehören, bekennen sich mithin insoweit gleichfalls zu einer weitergehenderen Auslegung des Gesetzes. Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß der Sprachgebrauch unter Kosten der Anlage nur die wirklichen Baukosten, die durch die bauliche Herstellung der genehmigten Privatanschlußbahn entstandenen Kosten versteht. Der Verkehr begreift unter den Anlagekosten auch die sonstigen Ausgaben, welche durch die Errichtung der Anlage verursacht sind und lediglich in dieser ihren Grund haben. Da das Gesetz für die beschränktere Auslegung keinen Anhalt bietet, so trifft den Berufungsrichter kein Vorwurf, wenn er den umfassenderen Begriff der Anlagekosten seiner Entscheidung zugrunde legte.

Die Gesellschaftskündigung seitens des Gläubigers eines Gesellschafters und deren Rechtsnatur gemäß § 725 BGB., § 135 HGB.

Von Landgerichtsrat Dr. **Marcus** in Berlin.

I. Der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ist der Verfügung des Gesellschafters nach § 719[1] BGB. bei der gemeinbürgerlichen, und ebenso nach § 105 Abs. 2 HGB. bei der offenen Handelsgesellschaft entzogen kraft des Gesamthandprinzips der deutschrechtlichen Gesellschaft. Im Sinne des Gegenstandsbegriffs, wie ihn Sohm „der Gegenstand 1905" festgestellt hat, wäre dieser Anteil an der Gesellschaft, weil er nicht Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts, vielmehr der Zuwendung und Veräußerung unter Lebenden entzogen ist, als Gegenstand im Rechtssinn nicht zu qualifizierm; dennoch ist dieser Begriff darauf anwendbar. Denn es ist gesetzlich, § 859 ZPO. dieser Anteil zum „Gegenstand" im Rechtssinn gestempelt dadurch, daß er der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung zugänglich gemacht ist. Der Gesellschaftsanteil ist ein unkörperlicher Gegenstand, umfassend die für den Fall der Auflösung der Gesellschaft dem Gesellschafter zustehenden Rechte auf das nach der Auseinandersetzung ihm zustehende Perzipiendum aus dem bis dahin gebunden gewesenen Gesellschaftsvermögen. Hat der Gläubiger eines Gesellschafters dessen Anteil gepfändet, so gibt ihm das Gesetz in den Eingangs zitierten Bestimmungen das Recht der Kündigung der Gesellschaft zur Liquidmachung dieses Exekutionsobjektes seines Schuldners und zur Verwendung von dessen Inhalts zwecks seiner Befriedigung.

Dies Kündigungsrecht, schon im alten HGB. Art. 126 anerkannt, ist nach Inhalt und Umfang, wie Oertmann: Komm. zu § 726 BGB. treffend bemerkt, noch sehr der Klärung bedürftig, wie aus diesen Bemerkungen dazu erhellen wird:

II. Anlangend zunächst das Recht des Gläubigers so ist — vgl. Staudinger Komm. Anm. 1a zu § 725 — es von Bedeutung, ob jenes ein vom Rechte des Schuldners abgeleitetes oder als originaires anzusehn. Unzweifelhaft, wenn auch nirgens untersucht, ist die Frage im letzteren Sinne zu beantworten. Nicht aus dem bei Staudinger angeführten, auf eine petitio principii hinauslaufenden, Grunde, sondern um dessentwillen, weil das Kündigungsrecht des Gesellschafters, wie alle unselbständigen Rechte, keine Verfügungsgegenstände sind, also der Übertragung nicht unterliegen, auch eine Pfändung dieses Kündigungsrechts, als Medium der Übertragung desselben auf den Gläubiger nicht vom Gesetz neben der Anteilspfändung gemäß § 859 ZPO. gefordert bezw. zugelassen ist. Ausfluß zwar des Rechts des Gesellschafters ist dies Kündigungsrecht des Gläubigers nur an die Voraussetzungen

der vorstehend gedachten Bestimmungen geknüpft. Dies verleiht ihm seinen eigentümlichen Charakter als originaires, selbständiges Recht. Als Folge daraus muß der Satz abgeleitet werden, daß für den Gläubiger vertragliche Vereinbarungen, welche die Zeit oder Art der Auseinandersetzung des Gesellschafters beschränken, nicht in betracht kommen. Denn solche Beschränkungen stellen keine dinglichen Belastungen des Anteils des Gesellschafters dar, da solche durch Verfügungsgeschäft, welchem jener ja, wie Eingangs bemerkt überhaupt entzogen sind, nicht erfolgen konnten. Insofern ist im Ergebnis dem bei Staudinger 3 b a. a. O. Ausgeführten beizupflichten. Einer Härte für die Genossen des Gesellschafters im Hinblick auf dies Ergebnis zu begegnen, dienen die Bestimmungen des der herrschenden Ansicht nach — jedenfalls bis zur ausgesprochenen Kündigung — anwendbaren § 268 BGB., wie des § 141 HGB. für die offene Handelsgesellschaft. Jedoch werden andere vertragliche Bestimmungen der Gesellschafter i. S. § 736 BGB. auch dem Kündigungsrecht des Gläubigers gegenüber grundsätzlich Geltung behalten, Planck a. a. O. Note 1, Staub-Pinner Anm. 6 zu § 135 gegen Goldmann. Inwieweit, soll in anderm Zusammenhang geprüft werden.

III. In subjektiver Beziehung ist nun zweifelhaft, ob unter dem „Privatgläubiger", von dem § 135 HGB., welcher enger in mannigfachen Beziehungen ist als § 725 BGB., auch der Gesellschaftsgläubiger verstanden werden darf, dem ein Anspruch kraft der Solidarhaftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden wegen einer solchen gegen einen der Gesellschafter zusteht. Gegen Staub-Pinner (Komm. 8. Aufl. Anm. zu § cit. wird man mit Goldmann dies *verneinen* müssen. Es bedeutet eine unmotivierte Ignorierung des terminologisch durch das Wort auf den Sinn des Gesetzes hinweisenden Unterschiedes zwischen dem „Privatgläubiger" und dem Gesellschaftsgläubiger. Die Definition bei Staub-Pinner „Privatgläubiger ist der, der eine Forderung gegen das Privatvermögen des Gesellschafters hat" ist nicht beweisend; juristisch-technisch wird bei zivilrechtlichen Forderungsansprüchen an das Vermögen des Schuldners vom „Privatgläubiger" und „Privatvermögen" in dieser Allgemeinheit nie gesprochen, es sei denn, daß es sich um Markierung besonderer subjektiver Beziehungen kraft des Schuldverhältnisses oder einer Haftungsbeschränkung auf eine bestimmte Vermögensmasse handelt, die vom Gesamtvermögen ausgeschieden ist.

Daß so § 135 HGB. einschränkend zu deuten — auch im § 141 HGB. kehrt der Begriff „Privatgläubiger" wieder — kann füglich auch aus § 725 BGB. entnommen werden, wo, obwohl dafür die handelsgesetzliche Norm vorbildlich war, indistincte dem „Gläubiger" des Gesellschafters das Kündigungsrecht gegeben ist. Die gemeinbürgerliche Gesellschaft ist danach und Mangels der weiteren Voraussetzungen des § 135 HGB. nach den subjektiven wie objektiven Voraussetzungen leichter sprengbar, als die offene Handelsgesellschaft; *bezüglich dieser darf also Extensivinterpretation nicht Platz greifen.* Der Privatgläubiger ist hier der Anspruchsberechtigte, dem nach dem Grunde seiner existenten Forderung ein Zugriff gegen das Gesellschaftsvermögen nicht zustünde.

IV. Tritt als Folge der Kündigung von Gesetzeswegen die Auflösung ein, so besorgen die Gesellschafter die Auseinandersetzung bezw. die Liquidation nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages bezw. des Gesetzes. Der kündigende Gläuber gewinnt ja keine weitere Rechtstellung zu den Gesellschaftern, hat also keinerlei Bestimmungs-, wohl aber Kontrollrechte; insoweit auf Rechnungslegungsrechte, vgl. Marcus im „Recht" 1903 S. 425. Eben weil der Gläubiger Gesellschafterrechte nicht erwirbt, steht ihm auch ein Widerspruch nicht zu, sofern zufolge seiner Kündigung die Gesellschafter eine frühere Auflösung beschließen. In allen Beziehungen greift auch für die offene Handelsgesellschaft § 725 Abs. 2 BGB. Platz: Staudinger a. a. O. Anm. 6.

V. Selbstverständlich steht dem Gläubiger als „Beteiligten" i. S. § 146 Abs. 2 HGB. das Recht zu, Anträge wegen Liquidatorenernennung beim Registerrichter zu stellen, wie dies, nicht ohne Grund, im Gesetz besonders gesagt ist, mit der Wirkung, daß er i. S. § 146 RFG. zu hören ist und nach § 20 a. a. O. ein selbständiges Beschwerderecht hat. Daß seiner als Beteiligten besonders gedacht ist, beweist auch, daß er nicht kraft abgeleiteten Rechts als Nachfolger im Rechte seines Schuldners gegenüber den Gesellschaftern anzusehen ist.

VI. Nach dem Gesagten ist das erörterte Kündigungsrecht ein Gestaltungsrecht im Dienste der Zwangsvollstreckung.

Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen.

Von Rechtsanwalt **Dr. Eugen Josef** in Freiburg i. Breisg.

III.*)

Die Einwirkung des Offiziallöschungsverfahrens auf die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister.

Dem Beschluß des Kammergerichts vom 15. Februar 1906 (KGJ. 32, 172 — RJA. 7, 16)

*) Vgl. den vorigen Jahrgang Nr. 12 S. 326—331.

liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: M. und F. waren im Handelsregister als alleinige Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen. Am 19. Nov. 05 bestellte der nach dem Gesellschaftsvertrag zuständige Aufsichtsrat den S. zum alleinigen Geschäftsführer; ferner beschloß die Gesellschafterversammlung vom 14. Dezbr. 05 die sofortige Abberufung der Geschäftsführer M. und F. Darauf beantragte S. am 28. Dezbr. 05 beim Registergericht die Eintragung dieser Abberufung und seiner Bestellung zum alleinigen Geschäftsführer; M. und F. hatten einer Änderung des Registerstandes bereits vorher brieflich und telegraphisch widersprochen. Das Amtsgericht lehnte den Antrag des S. ab, weil nach dem Gesellschaftsvertrage die Wahl nur eines Geschäftsführers unstatthaft sei; es wurde aber auf Beschwerde des S. zur Eintragung gemäß dem Antrag vom Landgericht angewiesen und auf Verfügung des Amtsgerichts vom 15. Januar erfolgte am 16. Januar 06 die Eintragung dahin, daß die beiden bisherigen Geschäftsführer M. und F. durch Beschluß der Gesellschafterversammlung abberufen seien und daß S. durch Beschluß des Aufsichtsrats zum alleinigen Geschäftsführer bestellt sei. Am 27. Januar erhoben M. und F. weitere Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß mit dem Antrage, die Eintragung des S. als Geschäftsführer zu löschen und sie beide wieder als Geschäftsführer einzutragen, da sie die Beschlüsse des Aufsichtsrats und der Generalversammlung für unwirksam hielten. Das Kammergericht wies die weitere Beschwerde zurück mit der Begründung: Durch die weitere Beschwerde werde hauptsächlich die Löschung der erwähnten Eintragung vom 16. Januar verlangt; damit werde aber ein neuer Anspruch geltend gemacht, über den von den Vorinstanzen bisher eine Entscheidung noch nicht getroffen sei. Amts- und Landgericht hätten sich lediglich mit dem Antrag des S. auf Eintragung der erwähnten beiden Beschlüsse beschäftigt, dem der Anspruch der jetzigen beiden Beschwerdeführer auf Unterlassung dieser Eintragung gegenüberstand. Von der Geltendmachung dieses Anspruchs habe nur so lange die Rede sein können, als eine entsprechende Eintragung im Handelsregister noch nicht erfolgt war; insbesondere hätten die Beschwerdeführer nur so lange eine weitere Beschwerde mit dem Ziel der Verhinderung dieser Eintragung einlegen können, als diese noch nicht erfolgt war. Durch die Bewirkung der Eintragung im Handelsregister sei aber die Sach- und Rechtslage eine wesentlich veränderte geworden: denn nunmehr sei an die Stelle des bisherigen Anspruchs auf Nichteintragung der Anspruch auf Löschung der Eintragung getreten. Beide Ansprüche seien aber in formeller wie materieller Beziehung durchaus verschiedener Natur. Denn während solange die Eintragung noch nicht ausgeführt ist, das Gericht, das sie angeordnet hat, diese Anordnung nach § 18 FGG. jederzeit ändern könne, werde die Sachlage durch die Eintragung insofern eine andere, als nunmehr die besonderen Vorschriften der §§ 142 ff. FGG. Platz greifen, die sowohl hinsichtlich des Verfahrens als auch wegen der Voraussetzungen der Löschung wesentliche Erschwerungen und Einschränkungen enthalten. Das Verfahren werde besonders durch die §§ 142 Abs. 2, 3 und 144 Abs. 3 in einer von den allgemeinen Vorschriften erheblich abweichenden Weise geregelt: die zu löschende Eintragung müsse wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig sein und unter Umständen müsse sogar das öffentliche Interesse eine Beseitigung der Eintragung erfordern. Sonach behandle das Gesetz die Ansprüche auf Unterlassung einer Eintragung und auf Löschung der erfolgten Eintragung trotz ihres gemeinschaftlichen Ursprungs und Zwecks rechtlich derartig verschieden, daß der Anspruch auf Löschung der erfolgten Eintragung sich als ein neuer Anspruch gegenüber dem auf Unterlassung der Eintragung darstelle; der Anspruch auf Löschung dürfe also nicht bei der weiteren Beschwerde an Stelle des in der Beschwerde verlangten Anspruchs auf Unterlassung der Eintragung gestellt werden. Bei den abweichenden Rechtsgrundsätzen, denen beide Ansprüche unterstehen, habe sich die Prüfung des Gerichts zwecks Löschung des bereits eingetragenen Vermerks nach ganz anderen Richtungen zu bewegen, als wenn es sich nur um die Abwehr einer künftigen Eintragung handle. Das Gericht der weiteren Beschwerde sei auch nicht in der Lage festzustellen, ob die Beseitigung des Gesellschafterbeschlusses im öffentlichen Interesse liege (§ 144 Abs. 2); und andrerseits liege es im Interesse der Beteiligten, daß über den Löschungsanspruch nicht sofort in letzter Instanz entschieden werde, zumal der neue Löschungsanspruch erst nach Erlaß des landgerichtlichen Beschlusses entstanden sei. Danach sei gegen einen beschwerdegerichtlichen Beschluß eine weitere Beschwerde mit dem Ziel der Löschung der inzwischen erfolgten Eintragung unzulässig; es handle sich vielmehr um einen neuen selbständigen Anspruch, der durch neue Anträge beim Amtsgericht (oder gemäß § 143 FGG. beim Landgericht) geltend zu machen sei.

Die Richtigkeit dieser Ansicht, die für die Handelsregisterführung von einschneidender Bedeutung ist, soll nachstehend geprüft werden.

1. Die Verfügungen (Entscheidungen) der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind entweder solche, bei denen der von ihnen bezweckte Rechtserfolg ohne Weiteres eintritt (so die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die Bestätigung des Nachlaß-

gerichts), oder solche, die zur Herbeiführung des von ihnen bezweckten Rechtserfolges weitere Ausführungsmaßregeln erfordern, so die Anordnung einer Vormundschaft oder einer Eintragung.[1]) Nach § 27 FGG. aber ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, wofern sie auf Verletzung des Gesetzes beruht, die weitere Beschwerde zulässig, ohne daß das Gesetz unterscheidet, ob die Entscheidung zur erstgedachten oder zur zweitgedachten Art von Entscheidungen gehört. Wenn z. B. das Amtsgericht den Antrag auf Anordnung der Pflegschaft oder auf Bestellung von Liquidatoren (§ 146 Abs. 2 HGB.) oder auf Einziehung des Erbscheins (§ 2361 BGB.) ablehnt, das Landgericht aber auf Beschwerde des Antragstellers den Erlaß der beantragten Verfügung anordnet und das Amtsgericht sodann in Ausführung der landgerichtlichen Entscheidung den Pfleger bestellt, die Liquidatoren ernennt, den Erbschein den Erben wegnehmen läßt, so legt der Gegenbeteiligte nicht gegen diese Ausführungsmaßregeln des Amtsgericht Beschwerde beim Landgericht ein, sondern er erhebt die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts. (Vgl. KG. in OLGRspr. 8, 236) Das gleiche gilt aber auch, wenn in Ausführung des landgerichtlichen Beschlusses eine Eintragung im Handelsregister erfolgt ist: In einem Fall, wo die Erben des Firmeninhabers ihre Eintragung als Miterben beantragt hatten, das Amtsgericht aber irrig eingetragen hatte, daß die Firma auf eine angeblich von den Miterben gebildete offene Handelsgesellschaft übergegangen sei, und das Landgericht die hiergegen von den Erben erhobene Beschwerde zurückgewiesen hatte, erachtete das Kammergericht im Beschluß vom 8. Juli 1901 (RJA. 2, 179 — KGJ. 22, 284) die gegen die landgerichtliche Entscheidung erhobene weitere Beschwerde für unbedenklich zulässig mit dem nebensächlichen Hinweis darauf, daß das Gericht die Eintragung sogar von Amtswegen nach § 142 FGG. löschen müsse. Danach sollte man annehmen, daß auch in dem Eingangs gedachten Fall die weitere Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung, zu deren Ausführung eine Eintragung im Handelsregister erfolgt war, zulässig sei.

2. Anlangend nun die Einwirkung der oben in der Begründung des Kammergerichts ausführlich erörterten §§ 142, 144 FGG. auf das Beschwerderecht, so ist folgendes zu bemerken:

Die Denkschrift zu § 142 (Entw. § 138) hebt ausdrücklich hervor, daß wenngleich das Löschungsverfahren nach § 142 ein amtswegiges ist, diese Bestimmung doch auch zur Anwendung komme, wenn ein dritter, dessen Recht durch eine Eintragung beeinträchtigt ist, die Löschung beim Registergericht anregt und gegen die ablehnende Verfügung des Registergerichts Beschwerde erhebt. Es kann aber weiter der Natur der Sache nach keinen Unterschied machen, ob der Dritte unter Hinweis auf das Vorhandensein der Voraussetzungen der §§ 142, 144 beim Registergericht[2]) das Offiziallöschungsverfahren anregt oder ob er gegen die Eintragung, durch die sein Recht beeinträchtigt ist, sogleich das Rechtsmittel der Beschwerde einlegt. Es wäre ein durch nichts begründeter, daher vom Gesetz nicht beabsichtigter Formalismus, wenn man die, wie weiter zu zeigen, sehr erheblichen Festsetzungen der §§ 142, 144 zwar anwenden wollte im ersteren Fall, wo der durch die Eintragung Beeinträchtigt deren Beseitigung im Offizallöschungsverfahren verlangt, nicht aber wenn er die Beseitigung der Eintragung durch Parteibeschwerde beantragt, also gegen die Eintragung unmittelbar die Beschwerde erhebt. Denn jene Festsetzungen sind getroffen gerade mit Rücksicht auf den Schutz der durch die Eintragung geschaffenen Rechtslage, folglich für alle Fälle einer beabsichtigten Beseitigung dieser gegeben. Danach ergeben die §§ 142, 144 folgende Einwirkungen auf die Beschwerde:

a) Dem durch eine Verfügung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Beeinträchtigten steht ein „Rechtsbewährungsanspruch" auf Beseitigung der Eintragung zu; es ist dies geradezu die Funktion der Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (du Chesne im ZBlFG. 3, 324 und 4, 189) und diesem ihrem Zweck entsprechend steht dem Beschwerdegericht allgemein die Befugnis zu, die angefochtene Verfügung zu ändern. Diese Befugnis erleidet aber eine Einschränkung, wenn die beeinträchtigende Verfügung eine Eintragung im Handelsregister[3]) ist: Hier ist nach § 142 jene Abänderungsbefugnis des Beschwerdegerichts eingeschränkt auf den Fall, daß die Eintragung „wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig" war.[4]) Jene Abänderungsbefugnis des Beschwerdegerichts wird noch mehr eingeschränkt, wenn die Beeinträchtigung herbeigeführt ist durch Eintragung eines Gesellschaftsbeschlusses; hier ist nämlich die Abänderungsbefugnis des Beschwerdegerichts nach § 144 Abs. 2 nur gegeben, wenn der Beschluß „durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt, und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint".[5]) Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen, so mag der durch

[1]) Vgl. über diesen Unterschied Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 260 ff.

[2]) Oder auch beim Landgericht, § 143 FGG.

[3]) Oder Genossenschafts-, Vereins-, Güterrechtsregister; §§ 147, 159, 161 FGG.

[4]) Erhebliche Bedeutung hat die Einschränkung nicht; s. Josef Kommentar zum FGG., zweite Auflage (1906) Anm. 3 zu § 142.

[5]) Beispiele aus der Rechtsprechung, s. ebenda Anm. 4 zu § 144.

einen solchen Beschluß Beeinträchtigte ihn im Prozeßweg anfechten (vgl. besonders §§ 271, 320 HGB., § 45 GmbH.) und daraufhin die Löschung im Register erwirken. (KGJ. 30, 144; 32, 175.) Im bloßen Beschlußverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann er dagegen die Beseitigung der Eintragung nicht erwirken, seine Beschwerde kann also keinen Erfolg haben.

b) Anlangend das Verfahren des Beschwerdegerichts, so ist zu unterscheiden: Ist der Beschwerdeführer zugleich der von der verlangten Löschung Betroffene, wie in dem oben zu 1 gedachten Beschluß vom 8. Juli 1901, so haben die §§ 142, 144 auf das Verfahren gar keine Einwirkung d. h. wie das Registergericht auf Grund des § 18 FGG., so kann auch das Beschwerdegericht die erfolgte Eintragung ohne weiteres ändern; der Antrag des Beschwerdeführers auf Änderung steht hier im Erfolg einer Anmeldung i. S. des § 12 HGB. gleich.

Anders, wenn nicht der von der zu löschenden Eintragung Betroffene, sondern ein dritter die Beschwerde erhebt. In diesem Fall ist für das Offiziallöschungsverfahren zum Schutz des von der beabsichtigten Löschung Betroffenen in den §§ 142, 144 vorgeschrieben, daß die Zulässigkeit der Löschung zunächst in einem besonderen Verfahren durch Bekanntmachung und Bestimmung einer Widerspruchsfrist an den Betroffnen festgestellt und die Löschung erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist oder rechtskräftiger Zurückweisung des Widerspruchs erfolgen soll. Das Gleiche muß, wie oben dargelegt, auch gelten, wenn der Beeinträchtigte gegen die Eintragung Beschwerde erhebt. Während es also in allen anderen Fällen nach allgemeinen Grundsätzen vom Ermessen des Beschwerdegerichts abhängt, ob es den Gegner des Beschwerdeführers vor der Entscheidung über die Beschwerde hören will, das Gesetz über das vom Beschwerdegericht zu beobachtende Verfahren überhaupt keine Vorschriften hat,[6]) hat das Beschwerdegericht, falls es glaubt, daß die durch Beschwerde angefochtene Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, durch sie auch das Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigt sei,[7]) zunächst das oben erwähnte Verfahren der Bekanntmachung und Fristbestimmung an den von der beabsichtigten Löschung Betroffenen einzuschlagen. Führt z. B. ein Genosse, der die Mitgliedschaft aufgekündigt hat, über die angeblich unrichtige Eintragung des Tags seines Ausscheidens Beschwerde mit dem Antrag auf Eintragung eines anderen Tags, so kann das Beschwerdegericht nur unter Einhaltung des oben beschriebenen Verfahrens, also nach erfolgter Fristbestimmung an die Genossenschaft die Berichtigung des Registers anordnen. (KGJ. 28, 58.) Oder ist eine Eintragung bewirkt unter Verletzung der Vorschrift des § 24 Abs. 2 HGB., wonach es beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, zu deren Fortführung der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters bedarf, und erhebt dieser gegen die Eintragung Beschwerde, so kann das Landgericht keinesfalls die sofortige Löschung der Eintragung anordnen; es muß vielmehr bei Entscheidung über die Beschwerde das oben besprochene Verfahren der Bekanntmachung und Fristbestimmung einhalten. (KGJ. 31, 152.) Das Gleiche gilt, wenn auf Antrag der Aktiengesellschaft der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals eingetragen ist und die hierdurch beeinträchtigten Aktionäre Beschwerde führen; KGJ. 28, 228. — Das Kammergericht nimmt in diesen Beschlüssen anscheinend weiter an: Das Landgericht dürfe auf die Beschwerde nur als Gericht erster Instanz gemäß § 143 eingehen (KGJ. 31. 154); oder das Rechtsmittel der Beschwerde, die gegen eine Eintragung beim Landgericht eingelegt war, sei unzulässig, weil das Amtsgericht über die Frage, ob das Löschungsverfahren einzuleiten sei, noch gar nicht entschieden habe. (Eb. 28 S. 62 und 233.) Diese Ansicht des Kammergerichts geht indes zu weit; denn das Gesetz hat die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister nicht ausschließen wollen, sonst hätte es dies sicher ebenso zum Ausdruck gebracht wie in § 122 betreffs der Eintragungen im Schiffsregister. Vielmehr ist die Sachlage die: Der durch die Eintragung Beeinträchtigte kann das Offiziallöschungsverfahren aus §§ 142, 144[8]) anregen; er kann statt dessen aber auch gegen die Eintragung Beschwerde erheben.[9])

3. Wenngleich hiernach dem Kammergericht zuzugeben ist, daß das Gesetz die Ansprüche auf

---

[6]) S. ebenda Anm. 4 zu § 23.

[7]) Erachtet das Beschwerdegericht diese letztere Voraussetzung nicht als gegeben, so müßte es die Beschwerde wegen mangelnder Legitimation des Beschwerdeführers zurückweisen; s. ebenda Anm. 4A zu § 23. Das Beschwerdegericht kann aber hier die Beschwerde als Anregung, auf Grund des § 143 einzuschreiten, ansehen. Ein Beispiel findet sich in KGJ. 28, 39: Im Register war eine Firma eingetragen unter Verletzung der Vorschriften der §§ 18 Abs. 2, 19 HGB.; gegen diese Eintragung erhob ein Konkurrent Beschwerde, dessen Recht durch die Eintragung durchaus nicht beeinträchtigt war. Das Landgericht, das irrig ein Beschwerderecht des Konkurrenten angenommen hatte, gab der Beschwerde unter gleichzeitigem Hinweis auf § 143 statt und das KG. erklärt dies für zulässig.

[8]) Beim Registergericht oder auch beim Landgericht, § 143. Gegen den das Offiziallöschungsverfahren ablehnenden Beschluß steht dem Beeinträchtigten die Beschwerde zu; Josef Komm, Anm. 8 zu § 142.

[9]) Reicht er diese dem Registergericht ein, so kann dieses, wenn es sie für begründet findet, von Amtswegen das Offiziallöschungsverfahren einschlagen, nicht aber die Eintragung nach § 18 FGG. löschen.

Unterlassung einer Eintragung und auf Löschung der erfolgten Eintragung rechtlich als ganz verschieden behandelt, so erscheint der Eingangs gedachte Beschluß dennoch nicht richtig. Das Kammergericht hatte nach § 27 FGG. zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung des Beschwerdegerichts auf Verletzung des Gesetzes beruhte; bejahte es dies, so etwa weil der Aufsichtsrat zur Bestellung des S. als Geschäftsführer nicht zuständig (§§ 45, 46 Z. 5 GmbH.), oder weil die Versammlung, die den M. und den F. abberufen hatte, nicht ordnungsmäßig berufen war (Hamburg, OLG. 8, 242), so konnte es den landgerichtlichen Beschluß, durch den die Eintragung angeordnet war, freilich nicht schon aus diesem Grunde aufheben. Denn die Löschung der Eintragung darf nach den oben besprochenen §§ 142, 144 nur erfolgen, wenn die Eintragung „wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig" war oder wenn der eingetragene Beschluß „zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint." Das Kammergericht mußte folglich in Erfüllung der ihm obliegenden Entscheidungspflicht seine Prüfung auch auf diesen Gesichtspunkt ausdehnen, wie es ja auch im Beschluß vom 25. Mai 1905 (RGZ. 30, 114) die Frage: ob die Beseitigung des eingetragenen Beschlusses im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint, mit ausführlicher Begründung entschieden hat. Dagegen fiel für das Kammergericht die oben besprochne Bekanntmachung von der beabsichtigten Löschung an die Gesellschaft bei Bestimmung einer Widerspruchsfrist fort, weil das Gericht der weiteren Beschwerde auf die Prüfung der Rechtsfrage beschränkt ist, folglich, wenn es die Löschung einer erfolgten Eintragung anordnen will, nicht verpflichtet sein kann, Feststellungen zu treffen, die das Gesetz im gleichen Fall den Instanzengerichten auflegt. Die §§ 142—144 haben eben den Regelfall im Auge, wo das Registergericht oder das Beschwerdegericht, also die mit der Emittelung des Tatbestandes betrauten Gerichte die Löschung der Eintragung beabsichtigen. Auch im umgekehrten Fall, wenn also das Registergericht die Eintragung bewirkt, das Landgericht die hiergegen gerichtete Beschwerde der Gesellschaft zurückgewiesen und das Oberlandesgericht auf weitere Beschwerde die Löschung für geboten erachtet hätte, hätte dieses doch unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses die Löschung anordnen können, ohne daß jenes Verfahren der Bekanntmachung mit Bestimmung der Widerspruchsfrist an den von der beabsichtigten Löschung Betroffenen erforderlich gewesen wäre.[10]) Das ergibt sich aus dem Wesen des Rechtsmittels der weiteren Beschwerde, das auf die Nachprüfung des Rechtspunkts beschränkt ist. Der Umstand, daß im Eingangs gedachten Fall das Registergericht die Eintragung abgelehnt und erst das Landgericht sie angeordnet hatte, konnte für das Kammergericht also nicht den Wegfall der ihm nach § 27 FGG. obliegenden Entscheidungspflicht zur Folge haben und die vom Kammergericht hervorgehobene Beschränkung der Beteiligten, die durch diesen Umstand herbeigeführt war, kann in allen Fällen eintreten, wo erst das Landgericht die vom Amtsgericht abgelehnte Amtshandlung anordnet.

Es ist auch gar nicht abzusehen, wie bei der Ansicht des Kammergerichts die Sache im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit enden soll. Das Kammergericht führt nämlich aus: Die Beschwerdeführer könnten ihren Löschungsanspruch entweder nach § 142 beim Registergericht oder nach § 143 beim Landgericht geltend machen. Allein daß das Registergericht den landgerichtlichen Beschluß und die in dessen Ausführung erfolgte Eintragung auf Grund des § 142 Abs. 1 und des § 144 Abs. 2 aufgehoben hätte, ist doch wohl ausgeschlossen, da dies der Stellung des nachgeordneten Gerichts gegenüber dem vorgeordneten gar nicht entsprochen hätte; noch weniger ist anzunehmen, daß das Landgericht die von ihm nur kurz vorher als Beschwerdegericht ausgesprochne Rechtsansicht, auf Grund deren die Eintragung erfolgt war, nunmehr deshalb aufgegeben hätte, weil der Gegner des früheren Beschwerdeführers das Landgericht jetzt auf Grund des § 143 anging. So wäre den Beteiligten also nur der weitere vom Kammergericht erwähnte Ausweg übrig geblieben, daß sie nämlich ihren Anspruch auf Anfechtung der Beschlüsse im schwerfälligen und kostspieligen Prozeßweg durchsetzen und auf Grund des obsieglichen Urteils die Löschung der angefochtenen Eintragung und ihre Wiedereintragung erwirken; die Abhilfe im schleunigen und billigen Beschlußverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber wäre bei der Ansicht des Kammergerichts verschlossen.

Alle diese Erwägungen erledigen sich aber dadurch, daß anscheinend und soweit der mitgeteilte Sachverhalt ein Urteil gestattet, der angefochtene Beschluß des Landgerichts, auf Grund dessen die Eintragung erfolgt war, überhaupt gar nicht auf Gesetzesverletzung beruhte; das Kammergericht hätte daher die weitere Beschwerde einfach als unbegründet zurückweisen können.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

1. Der durch eine Eintragung im Handelsregister Beeinträchtigte kann, statt deren Löschung im Offizialverfahren der §§ 142, 144 FGG. anzuregen, gegen die Eintragung Beschwerde führen. Die für das Offiziallöschungverfahren getroffenen

[10]) So auch OLG. Dresden, Rspr. 8, 260, jedoch ohne nähere Begründung.

Vorschriften, wonach die Löschung nur stattfindet, wenn die Eintragung wegen Verletzung wesentlicher gesetzlicher Voraussetzungen unzulässig war oder wenn der eingetragene Gesellschaftsbeschluß auf Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften beruht und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint, und auch nur wofern das Vorhandensein dieser Voraussetzungen unter Festsetzung einer Widerspruchsfrist an den Betroffenen festgestellt ist, bezwecken allgemein den Schutz der durch eine Eintragung geschaffenen Rechtslage; daher gelten sie auch für den Fall, daß der Beeinträchtigte die Beseitigung der Eintragung durch Beschwerde beantragt.

2. Das Gericht der weiteren Beschwerde hat, wenn es im Übrigen die Voraussetzungen der Löschung einer Eintragung als vorhanden ansieht, die Löschung anzuordnen; die Festsetzung der Widerspruchsfrist liegt ihm aber nach der Natur des auf Prüfung der Rechtsfrage beschränkten Rechtsmittels nicht ob.

3. Insoweit lediglich der Beschwerdeführer der von der beabsichtigten Löschung Betroffene ist, kann das Registergericht wie auch die Beschwerdegerichte die Löschung ohne jedes vorhergehende Verfahren auf Grund des § 18 FGG. anordnen.

* * *

IV.

Der Nachweis der Rechtsnachfolge und die Auskunftspflicht der Beteiligten gegenüber dem Registergericht.

1. Nach § 31 Abs. 1 HGB. ist eine Änderung der Firmeninhaber zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, folglich auch die Änderung, die durch den Tod des Firmeninhabers eintritt. Die Erben sind verpflichtet, diese Änderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und zwar falls sie das Geschäft weiterführen, behufs ihrer Eintragung als Inhaber, andernfalls nach Abs. 2 eb. behufs Eintragung des Erlöschens der Firma. Während nun für den Grundbuchverkehr der § 36 GBO. den Nachweis der Erbfolge dahin regelt, daß grundsätzlich ein Erbschein beizubringen, ein Erfordernis, von dem nur beim Vorliegen eines öffentlichen Testaments abgesehen werden darf, bestimmt § 12 Abs. 2 HGB. für die Führung des Handelsregisters nur, daß die Rechtsnachfolge „soweit tunlich durch öffentliche Urkunden" nachzuweisen ist. Ob diese den Schluß auf die behauptete Rechtsnachfolge rechtfertigen, darüber hat das Registergericht nach freiem Ermessen zu entscheiden und es kann selbst von der Beibringung öffentlicher Urkunden als im Einzelfall untunlich absehen, also sonstige Tatsachen als genügenden Nachweis der Rechtsnachfolge erachten. Z. B. A ist als Firmeninhaber eingetragen und es schwebt zwischen B und C ein Rechtsstreit darüber, wer von ihnen der Erbe des A geworden ist; überreicht dann B das rechtskräftige Urteil, durch das C verurteilt ist, das Alleinerbrecht des B anzuerkennen, so steht dem nichts im Wege, daß das Registergericht durch dies Urteil die Rechtsnachfolge als erwiesen ansieht und den Übergang der Firma auf B oder deren Erlöschen einträgt[1]), wofern klar liegt, daß andere Erben als die Prozeßparteien nicht in Betracht kommen. Überreicht im gedachten Fall die Witwe des A die ihr vom Nachlaßgericht erteilte beglaubigte Abschrift des eigenhändigen Testaments (§§ 2264, 2259 BGB.), so kann das Registergericht diese öffentliche Urkunde als zum Nachweis der Rechtsnachfolge i. S. des § 12 Abs. 2 HGB. genügend ansehen, wofern es von dem Bestehen des Erbrechts überzeugt ist. Ebenso kann das Registergericht, wenn inhalts der ihm vorliegenden Vormundschaftsakten den Kindern des verstorbenen Firmeninhabers ein Vormund bestellt ist, die Anmeldung des Vormundes als genügend zur Eintragung ansehen, auch wenn ein Erbschein nicht erteilt ist. Wenn ferner, wie dies in kleinen Städten oft zutrifft, der Registerrichter auch nur privatim die Erben des Firmeninhabers kennt, so kann er sogar dies sein privates Wissen verwerten und z. B. die Anmeldung der Witwe und der Kinder als genügende Grundlage für die Eintragung des Übergangs oder des Erlöschens der Firma erachten, obwohl weder ein Erbschein noch ein Testament vorliegt; denn er kann von Beibringung der Urkunden als im Einzelfall untunlich[2]) (§ 12 Abs. 2) absehen und die strengen Grundsätze, die für die Offenkundigkeit (das private Wissen) des Richters im Zivilprozeß gelten (RG. in Gruchot 38, 1139; JW. 1895 S. 200 Nr. 8), finden in dem von allen beengenden Vorschriften in weit höherem Maaße losgelösten, frei beweglichen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht Anwendung. Der Registerrichter zieht hier aus den ihm bekannten Tatsachen den Schluß, daß die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei; es handelt sich hier sonach nur um ein Entgegenkommen des Richters, auf das die Beteiligten keinen Anspruch haben. Denn das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nur verpflichtet, gerichtskundige Tatsachen zu berücksichtigen, nicht aber aus ihnen Schlußfolgerungen zu ziehen, die rechtlich nicht zwingend sind. Ein solches Entgegenkommen wird das

[1]) Über die Bedeutung des Urteils für das Grundbuchamt und das Nachlaßgericht s. Josef in ZZP. 35 S. 557 ff., 561 ff.

[2]) D. h. weil die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen sind; vgl. § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Registergericht besonders betätigen, wo es sich darum handelt, eine von ihm als erloschen festgestellte Firma auf Grund der Anmeldung der Rechtsnachfolger zu löschen, da ein besonderer Schade nicht entstehen kann, wenn die Löschung der tatsächlich erloschenen Firma auf die Anmeldung eines nicht Legitimierten oder selbst eines Unberechtigten erfolgt und hierdurch das umständliche Löschungsverfahren nach § 141 FGG. vermieden wird.

2. Auch wo die Beteiligten die einzutragenden Tatsachen nicht freiwillig anmelden, sondern hierzu erst im Wege des Ordnungsstrafverfahrens gezwungen werden sollen, wie dies nach den §§ 31, 29, 14 HGB. auch in dem hier behandelten Fall des Firmenübergangs durch Erbrecht oder des Erlöschens der Firma gilt, könnte das Registergericht an sich gegen die Personen nach § 132 FGG. vorgehen, deren Erbrecht und hiermit deren Anmeldepflicht es irgendwie für nachgewiesen erachtet, mag auch ein Erbschein oder ein öffentliches Testament nicht vorliegen. Das Registergericht wird in solchen Fällen vor Einleitung des förmlichen Ordnungsstrafverfahrens zunächst die Personen, die das vom eingetragnen Firmeninhaber betriebene Geschäft nunmehr tatsächlich fortführen oder aufgegeben haben, darüber hören, ob sie die Rechtsnachfolger sind, sie auch zur Beibringung des öffentlich-urkundlichen Nachweises hierüber auffordern. Andrerseits kann der Registerrichter nicht, wie vielfach angenommen wird, die wirklichen oder vermeintlichen Rechtsnachfolger zur Auskunftserteilung oder gar zur Beschaffung des Erbscheins zwingen. Freilich besteht nach § 12 FGG. das Recht und die Pflicht des Gerichts, die Anmeldepflichtigen zu ermitteln: aber aus diesem Recht des Gerichts folgt nicht die allgemeine Pflicht Jedermanns, dem Gericht Auskunft zu geben oder gar zu diesem Behuf vor Gericht zu erscheinen.[3]) Das Registergericht kann folglich die Erteilung der Auskunft oder die Beibringung des Erbscheins nicht durch Ordnungsstrafen oder sonstige Mittel erzwingen. Die die Zwangsgewalt des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelnden Artt. 15, 17 Preuß. FGG. und die gleichen Vorschriften anderer Landesgesetze begründen, wie allgemein anerkannt, keine Befugnis des Gerichts, Verpflichtungen, z. B. die zur Auskunftserteilung, aufzuerlegen; sie setzen vielmehr voraus, daß diese Befugnis bereits in anderen Gesetzen (wie z. B. nach §§ 1837, 1839 gegen den Vormund, in den Fällen der §§ 1666, 1667 gegen den Vater) begründet ist.[4]) Sonach wird das Registergericht regelmäßig und im Allgemeinen die im § 36 GBO. vorgeschriebene Regelung als ihrem Grundgedanken nach für alle Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit passend anwenden und insbesondere das Ordnungsstrafverfahren nur dann einleiten, wenn die Anmeldepflichtigkeit des zu Belangenden durch Erbschein oder öffentliches Testament nachgewiesen ist oder, falls sie aus öffentlichen Urkunden anderer Art (z. B. Urteilen, Vormundschaftsakten) hervorgeht, vom Angesprochenen als Folge seiner Erbeneigenschaft anerkannt ist. Denn es wäre durchaus sachwidrig, die Frage nach der Erbeneigenschaft, sofern der Belangte diese verneint, als bloßen Zwischenpunkt im Ordnungsstrafverfahren zu entscheiden.

3. Ob die Erben das Geschäft fortführen oder ob sie es eingestellt haben, hat das Registergericht nach § 12 FGG. von Amtswegen zu ermitteln; so wenig aber der wirkliche oder vermeintliche Erbe verpflichtet ist, über seine Erbeneigenschaft dem Registergericht Auskunft zu erteilen, ebensowenig besteht für den Erben eine Auskunftspflicht darüber, ob er das Geschäft fortführt. Wie oben zu 2 dargelegt, kann eine Auskunftspflicht auf § 12 FGG. oder auf Artt. 15, 17 Preuß. FGG. nicht gestützt werden. Unrichtig erscheint danach die Meinung von Marcus in HoldhMSchr. 14, 183: daraus, daß grundsätzlich das Handelsgeschäft mit der Firma nach § 1922 BGB. auf die Erben übergegangen sei, folge die Befugnis des Registergerichts, von den Erben kraft dieser „Rechtslage" Auskunft „im Interesse der Registerklarheit" zu fordern und bei Verweigerung dieser Auskunft die Erben als Verpflichtete i. S. des § 31 Abs. 2 HGB. zu behandeln. Für diese Ansicht fehlt es an jeder gesetzlichen Begründung; vielmehr kann das Gericht das Ordnungsstrafverfahren zwecks Erzwingung der Anmeldung des Erlöschens nur einleiten, wenn es dessen Voraussetzungen in jeder Richtung als vorhanden erachtet. Die diesbezüglichen Feststellungen hat das Gericht nach § 12 FGG. von Amtswegen (unter Beihilfe der Handelskammer und sonstiger Behörden, § 126 FGG., Art. 3 Preuß. AGzHGB.) zu treffen; eine Pflicht der Beteiligten zur Auskunftserteilung hierüber besteht dem Gericht gegenüber nicht, folglich kann die Verweigerung der Auskunft auch für die Beteiligten keine nachteiligen Folgen haben. — Hat das Gericht dagegen die erfolgte Einstellung des Geschäfts festgestellt, so hat es die Erben zur Anmeldung des Erlöschens anzuhalten; denn das Handelsgeschäft mit der Firma war auf die Erben übergegangen und wenn sie auch unmittelbar nach dem Tode des eingetragnen Firmeninhabers den Betrieb einstellten, so waren sie doch durch Erbfall Inhaber geworden und eine sei es auch noch so kurze Zeit geblieben.

[3]) Die Auskunftspflicht ist nur begründet für Zeugen und Sachverständige, also wenn das Gericht zu einer Beweisaufnahme (§ 15 FGG.) schreitet.

[4]) Vgl. Josef Kommentar zum FGG. und zum Preuß. FGG., zweite Auflage (1906) S. 278, 279 sowie Josef im Recht 1906 S. 42, 43.

Sie haben folglich die Beendigung des in ihrer Person eingetreten gewesenen Zustandes dem Registergericht ebenso anzuzeigen, wie dies der Erblasser anzuzeigen gehabt hätte, wenn er selbst schon den Geschäftsbetrieb eingestellt hätte. Wäre er in diesem letzteren Fall der Verpflichtung zur Anmeldung des Erlöschens der Firma nicht nachgekommen, so wäre die Anmeldungspflicht auf seine Erben übergegangen; denn die Tatsache, daß eine Firma eingetragen ist, ist ein Zustandsverhältnis, das bei Einstellung des Geschäftsbetriebes die öffentlichrechtliche Pflicht zur Anmeldung des Erlöschens erzeugt und diese Pflicht geht — ebenso wie etwaige privatrechtliche aus dem Fortbestehen der Eintragung sich ergebenden Befugnisse — auf die Erben über. Nicht begründet ist also die Annahme von Marcus a. a. O., daß gegen die Erben, die das Geschäft nicht fortführen, das Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung der Anmeldung des Erloschenseins unzulässig sei. Denn diese Pflicht gründet sich in der Tat auf die zivilrechtliche Erbeneigenschaft.

4. Aus der oben wiederholt hervorgehobenen Pflicht des Registergerichts, von Amtswegen die Voraussetzungen des Ordnungsstrafverfahrens festzustellen, folgt weiter, daß das Gericht auch festzustellen hat, ob die von ihm als anmeldepflichtig angesprochnen Erben nicht bloß Erben geworden, sondern auch — endgiltig — Erben geblieben sind, d. h. die Erbschaft nicht etwa ausgeschlagen haben. Macht letzteres der Belangte geltend, so liegt ihm nicht etwa hierfür die „Beweislast" ob; denn im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es keine Beweislast, sondern nach § 12 FGG. nur Ermittelungen von Amtswegen, die dem Registergericht in derselben Weise obliegen wie den zur Strafrechtspflege berufenen Behörden.[5]) Regelmäßig ist übrigens das Amtsgericht, das Registergericht ist, zugleich das Nachlaßgericht; die mehreren Abteilungen desselben Amtsgerichts aber sind nicht verschiedene Behörden, sondern eine einheitliche Behörde, so daß der Registerrichter, auch wenn er nicht zugleich die Nachlaßsachen bearbeitet, dennoch zugleich Gewahrsam und Verfügung betreffs der Nachlaßkosten hat, so daß selbst in Fällen des Antragsverfahrens, wo also den Beteiligten eine Beweisbeschaffungspflicht obliegt,[6]) diese zur Beschaffung von Beweisurkunden nicht verpflichtet sind.[7])

5. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

a) Während im Grundbuchverkehr nach § 36 GBO. der Nachweis der Erbfolge nur durch Erbschein oder öffentliches Testament geführt werden kann, ist für das Handelsregister die Rechtsnachfolge nur „soweit tunlich durch öffentliche Urkunden" (§ 12 Abs. 2 HGB.) nachzuweisen. Der Registerrichter kann daher, wenn eine Eintragung auf Grund einer Anmeldung erfolgen soll, nach freiem Ermessen aus öffentlichen Urkunden jeder Art (z. B. auch gerichtlichen Urteilen) die Rechtsnachfolge als festgestellt erachten, auch unter gänzlicher Abstandnahme vom Urkundenbeweis sein eignes privates Wissen von den die Rechtsnachfolge ergebenden Tatsachen verwerten.

b) Das Registergericht darf das Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung von Anmeldungen nur einleiten, wenn es die Voraussetzungen des Verfahrens festgestellt hat; es hat daher nach § 12 FGG. von Amtswegen die Erbeneigenschaft der von ihm für anmeldepflichtig Erachteten sowie ferner, ob diese das Geschäft fortsetzen oder eingestellt haben, festzustellen. Aus der amtswegigen Feststellungspflicht des Registergerichts folgt aber keine Verpflichtung der angeblichen oder wirklichen Rechtsnachfolger zur Erteilung von Auskunft oder zur Beschaffung des Erbscheins; daher findet gegen sie auch kein Zwang aus Artt. 15, 17 Preuß. FGG. in dieser Richtung statt, da die gedachten Vorschriften eine nach anderen gesetzlichen Vorschriften bestehende Verpflichtung des Angesprochnen voraussetzen. Die Auskunftsverweigerung seitens der vom Registergericht als anmeldepflichtig Angesprochenen hat also für diese keine nachteiligen Folgen und sonach wird das Registergericht das Ordnungsstrafverfahren behufs Erzwingung einer Anmeldung durch die Erben nur einleiten, wo die Erbeneigenschaft durch öffentliches Testament oder Erbschein nachgewiesen oder glaubwürdig vom Angesprochnen zugestanden ist.

c) Haben die Erben des Firmeninhabers den Geschäftsbetrieb eingestellt, so sind sie zur Anmeldung des Erlöschens der Firma verpflichtet, da jene Tatsache in der Person der Erben eingetreten ist. Hatte bereits der Erblasser den Geschäftsbetrieb eingestellt, und war er seiner Verpflichtung zur Anmeldung des Erlöschens der Firma nicht nachgekommen, so sind die Erben anmeldepflichtig, da das Eingetragensein der Firma ein Zustandsverhältnis erzeugt, aus dem Rechte und Pflichten auf die Erben übergehen.

d) Das Registergericht hat vermöge seiner Amtspflicht, die Voraussetzungen des Ordnungsstrafverfahrens festzustellen, auch zu ermitteln, ob die als Erben des Firmeninhabers Berufenen endgültig Erben geworden sind, d. h. ob sie die Erbschaft nicht ausgeschlagen haben. Dem Belangten liegt keine Beweislast für die Ausschlagung ob, da es im Verfahren der freiwilligen Gerichts-

---

[5]) Vgl. Josef, Kommentar Anm. III a zu § 12 und OLG. Rostock in RJA 8, 39.

[6]) Vgl. Josef, Kommentar, Nachträge 362 und Josef im ZBlFG. 7, 476.

[7]) Vgl. Josef, Kommentar Zusatz VI zu § 1 und Josef in DNotZ. 5, 164.

barkeit überhaupt keine Beweislast, sondern nur amtswegige Ermittelungen gibt.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

1) Bedeutung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreibens. 2) Die Verkehrssitte bindet im allgemeinen auch denjenigen Vertragsteil, der sich nicht besonders mit ihr vertraut gemacht hat. 3) Eine unter Vollkaufleuten geltende Handelsübung ist keineswegs in allen Fällen auch für den Verkehr zwischen einem Vollkaufmann und einem Minderkaufmann maßgebend.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 9. Jan. 1907. I 263. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die angefochtene Entscheidung konnte nicht aufrecht erhalten werden. Es ist zwar im allgemeinen durchaus zutreffend, wenn das Kammergericht ausführt, Kaufleute hätten untereinander auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (§ 346 des HGB.); im Handelsverkehr erfordere es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 des BGB.), daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, der aus diesem ersieht, wie sein Gegenkontrahent den Inhalt des Vertrags auffaßt, prüft, ob diese Aufstellung mit der seinigen übereinstimmt und im Falle eines Nichteinverständnisses sofort dieses dem Gegner mitteilt (vgl. RGZ. 54, 180). Es ist auch irrtümlich, wenn die Revision gegenüber dieser Auffassung geltend macht, es komme wesentlich darauf an, ob beide Kontrahenten diesen Handelsgebrauch gekannt haben. Die Verkehrssitte bindet im allgemeinen auch denjenigen Kontrahenten, welcher sich nicht speziell mit ihr vertraut gemacht hat. Sie ergänzt das Gesetz und wirkt nicht nur als stillschweigende Vereinbarung (vgl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. S. 110, Staub, Kommentar 8. Aufl. § 346 Anm. 6 und 9, Düringer-Hachenburg, Kommentar 3 § 346 Note 3 S. 211). Gleichwohl wird die Auffassung des Kammergerichts der konkreten Sachlage nicht gerecht. Es kommt hier zunächst in Betracht, daß eine unter Vollkaufleuten geltende Handelsübung keineswegs in allen Fällen auch für den Verkehr zwischen einem Vollkaufmann und einen Kaufmann minderen Rechtes (§ 4 HGB.) maßgebend ist. Das Kammergericht hat zwar festgestellt, daß der Beklagte als Restaurateur Kaufmann ist; es hat jedoch nicht geprüft, ob sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, und hat weiter nicht untersucht, ob die von ihm anerkannte Handelsübung auch im Verkehr mit Minderkaufleuten besteht. Mit Unrecht hat das Kammergericht ferner die Behauptung des Beklagten für unerheblich erklärt, daß er kurz nach Empfang des Schreibens vom 11. Januar 1905 den Kläger telephonisch ersucht habe, zur Rücksprache über dessen Inhalt zu ihm zu kommen. Diese Behauptung war namentlich deshalb von Erheblichkeit, weil Kläger mit seinem Schreiben vom 11. Januar einen „Gegenbrief" dem Beklagten mit der Bitte übersandt hatte, ihn „unterzeichnet zurückgeben zu wollen." Wenn Beklagter, anstatt diesem Ersuchen zu willfahren, den Kläger telephonisch auffordert, behufs Rücksprache über den Inhalt des Schreibens zu ihm zu kommen, so liegt hierin mit ziemlicher Deutlichkeit die Erklärung des Beklagten, daß er mit dem Inhalt des ihm zur Unterzeichnung eingesandten Gegenbriefes nicht einverstanden sei. Jedenfalls hat sich der Beklagte, falls seine durch Eideszuschiebung zu Beweis gestellte Behauptung richtig ist, nicht zweideutig benommen. Der Fall, daß der eine Kontrahent sich rein stillschweigend verhält, liegt dann überhaupt nicht vor.

* * *

Konkurrenzklausel. Der Begriff der Beteiligung an dem Geschäfte eines anderen umfaßt auch eine persönliche, selbst unentgeltliche Tätigkeit, jedoch nur eine solche, die fortgesetzt und auf die Dauer berechnet ist.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 19. Nov. 1906. I. 144. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die Gegenforderung des Beklagten auf die Vertragsstrafe von 10000 Mk. ist auf § 7 des Gesellschaftsvertrages gestützt, der in seinem letzten Absatze lautet:

> „Der ausscheidende Gesellschafter darf ... im Regierungsbezirk L. weder ein Konkurrenzgeschäft eröffnen, noch übernehmen, noch sich an einem solchen in irgend einer Weise beteiligen."

Es ist unstreitig, daß ein Bruder des Klägers schon während des Bestehens der Gesellschaft in L. egenfalls eine Gelbgießerei betrieb, die mit jener in Wettbewerb stand. Der Beklagte behauptet, daß der Kläger nach dem Erlöschen der Gesellschaft für dies Geschäft seines Bruders tätig gewesen sei, und zwar in der Weise, daß er sich bemüht habe, bei Wirten Bestellungen auf Bierdruckapparate — den Hauptartikel beider Geschäfte — für seinen Bruder zu erlangen und sie dadurch zugleich der ehemaligen Gesellschaft zu entziehen. Für diese seine Bemühungen sei der Kläger von seinem Bruder auch entschädigt worden. Das OLG. hat die angebotenen Beweise

erhoben, stellt aber fest, daß nichts dafür erbracht sei, daß der Kläger von seinem Bruder für die Förderung seines Absatzes Vermögensvorteile zugewendet erhalten oder überhaupt derartige Vorteile für sich auch nur erstrebt oder erlangt habe; ohne solche materielle Vorteile aber entfalle der in dem Vertrage aufgestellte Begriff der Beteiligung; der allgemeine Sprachgebrauch rede nur da von einer „Beteiligung" an dem Geschäfte eines andern, wo in irgend einer Weise ein eigenes materielles Interesse an dem Geschäfte bestehe.

Die Revision bekämpft diese Begründung, indem sie geltend macht, daß die Tätigkeit für das fremde Geschäft den Beklagten ebenso benachteilige, wenn sie unentgeltlich, als wenn sie gegen Entgelt erfolge.

Es ist zuzugeben, daß das Argument des OLG. zu Bedenken Anlaß gibt. Das RG. hat wiederholt Gelegenheit gehabt, sich über den in Konkurrenzklauseln häufig verwerteten Begriff der Beteiligung an dem Geschäfte eines andern auszusprechen: so in der Sache I 241/97 (Sächs. Archiv 1898, 117). und in der Sache I 392/97 (Entsch. 40, 97). Gegenüber den Grundsätzen, die in diesen Entscheidungen aufgestellt sind, hätte es einer näheren, aus der konkreten Sachlage geschöpften Begründung bedurft, wenn die Forderung auf die Vertragsstrafe lediglich deshalb abgelehnt werden sollte, weil der Kläger für die von ihm entfaltete Tätigkeit ein Entgelt nicht bezogen habe.

Gleichwohl kann dies Bedenken nicht zur Aufhebung des Urteils führen. Wie sich aus den angeführten Urteilen ergibt, ist man davon ausgegangen und hieran ist auch jetzt festzuhalten, daß der Begriff der Beteiligung an einem Geschäfte zwar auch eine persönliche, selbst unentgeltliche Tätigkeit mitumfaßt, aber doch nur eine fortgesetzte, auf die Dauer berechnete Tätigkeit. Davon aber kann in der vorliegenden Sache keine Rede sein. Aus den vom Beklagten aufgestellten Behauptungen erhellt, daß es sich nur um einzelne Fälle handelt, in denen der Kläger bei persönlichen Bekannten oder bei Geschäftsfreunden gelegentlich das Geschäft seines Bruders empfohlen hat. Das ist keine „Beteiligung" im Sinne des Vertrages.

* * *

Durch ein Gesellschaftsverhältnis, welches so gestaltet ist, daß es, wenn es nach außen Wirksamkeit erlangt hätte, das Verhältnis einer offenen Handelsgesellschaft gewesen wäre, wird eine offene Handelsgesellschaft nicht begründet, wenn es nach außen nicht wirksam geworden ist.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 5. Jan. 1907. 325. 06.

Der Kaufmann G. B. betrieb unter diesem Namen ein Eisengeschäft, in dem auch der Beklagte tätig war. Die Firma war im Handelsregister nicht eingetragen. Nach dem am 7. Januar 1905 erfolgten Tode des G. B. fand sich in dessen Nachlaß ein vom 23. November 1899 datierter schriftlicher Vertrag zwischen B. und A. H. vor, worin Folgendes bestimmt war:

1) A. H. beteiligt sich an der Firma G. B. mit einem Kapital von 4000 Mk., welches zu Gunsten der Firma G. B. bei . . . eingezahlt und worüber Quittung erteilt wird.

2) Herr G. B. als auch Herr A. H. verpflichten sich, keinerlei Wechselverpflichtungen ohne gemeinschaftliches Übereinkommen für die Firma G. B. einzugehen, ebenso keine Spekulationsgeschäfte ohne beiderseitiges Übereinkommen für die Firma G. B. zu betreiben.

3) u. 4) Verpflichtung des B. und des H. für ihren Unterhalt monatlich nicht mehr als der erstere 300, der letztere 250 Mk. dem Geschäfte zu entnehmen.

5) „Der am 1. Januar eines jeden Jahres ermittelte Reingewinn soll zu 55 % dem Herrn G. B., zu 45 % dem Herrn A. H. gutgeschrieben werden."

6) Gleiche Verteilung des Verlustes.

7) Bestimmung über Dauer und Kündigung des Vertrages.

8) „Zum Schluß verpflichten sich beide Kontrahenten, ihre ganze Kraft dem Interesse des Geschäfts zu widmen und alle vorkommenden Geschäfte und Geschäftsangelegenheiten gemeinschaftlich zu beraten."

Der Kläger, der aus seinem Geschäftsverkehr mit der Firma G. B. eine Forderung hatte, war der Ansicht, daß seit dem Vertrage vom 23. November 1899 die Firma G. B. eine aus G. B. und A. H. bestehende offene Handelsgesellschaft gewesen sei, für deren Schulden A. H. gesamtschuldnerisch mithafte und nahm deshalb den A. H. mit einer Klage in Anspruch. Dagegen gab A. H. dem Vertrage vom 23. November 1899 die Auslegung, daß er nur stiller Gesellschafter des B. habe sein sollen. Eventuell machte er geltend, daß der Vertrag nur das innere Verhältnis zwischen ihm und B. betreffe und niemals kundgegeben worden sei. Er behauptete, daß er im Geschäfte des B. nur als Angestellter — Monteur, Reisender — tätig gewesen sei. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Gründe des Revisionsurteils:

Verfehlt ist die Verteidigung des Revisionsgegners, daß nach Inhalt des Vertrages vom 23. November 1899 nur eine stille Gesellschaft geschlossen worden sei. Vielmehr haben die beiden Vorinstanzen darin mit Recht die Elemente einer offenen Handelsgesellschaft gefunden. Mit Recht aber haben sie

auch weiter angenommen, daß dieser Vertrag den Klaganspruch nicht stützen könne, weil er nach außen hin nicht wirksam geworden sei.

Das LG. stellt fest, „daß die Absicht der Kontrahenten bei Schließung des Vertrages übereinstimmend nur darauf gerichtet war, durch den Vertrag ihre gegenseitigen Pflichten innerhalb des Geschäfts und die Verteilung des Gewinns zu regeln, daß sie aber nicht beabsichtigten, den Inhalt des Vertrages und das durch ihn geschaffene Verhältnis jemals in die Außenwelt dringen zu lassen." So ausdrücklich hat sich das Berufungsgericht hierüber nicht ausgesprochen. Nach dem Zusammenhange der Begründung kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß auch das Berufungsgericht, wenn es seine Zustimmung zu den Ausführungen des LG. in diesem Punkte dahin zusammenfaßt: „daß die so begründete offene Handelsgesellschaft nicht nach außen als solche hervorgetreten" sei, damit nicht nur hat aussprechen wollen, daß tatsächlich ein solches Hervortreten nach außen nicht stattgefunden habe, sondern auch daß von Anfang an die Absicht der beiden Vertragsschließenden auf den Ausschluß dieses Hervortretens gegangen sei. Dieser Ausgangspunkt ist unbedenklich, er beruht auf materieller Bedeutung des Sachverhalts, ein prozessualer Verstoß ist nicht einmal behauptet.

Das Verhältnis ist hiernach nicht so zu denken, daß zwischen dem Beklagten und G. B. eine offene Handelsgesellschaft bestand, die aber nur nach innen gelten sollte. Dies würde ein Widerspruch sein. Das Richtige ist vielmehr, daß für die Beziehungen der Kontrahenten unter sich ein Gesellschaftsverhältnis vereinbart war, das, wenn es Wirksamkeit nach außen gehabt hätte, das Verhältnis einer offenen Handelsgesellschaft gewesen wäre. Nur den Worten, nicht der Sache nach zutreffend ist es deshalb, wenn die Revision davon ausgeht, das Berufungsgericht habe festgestellt, daß der Beklagte und B. eine offene Handelsgesellschaft geschlossen hätten. Festgestellt ist vielmehr das Gegenteil, nämlich die auf das innere Verhältnis beschränkte Wirksamkeit des Vertrages. Diese Beschränkung hätte wegfallen können, das Gesellschaftsverhältnis hätte nach außen hin wirksam werden können und dann wäre es zur offenen Handelsgesellschaft geworden. Aber daß dies nicht schon geschah durch die nach außen unveränderte Fortsetzung des bisherigen Geschäftsbetriebes unter der bisherigen Einzelfirma, muß, entgegen der Ansicht der Revision, dem Berufungsgericht unbedenklich zugegeben werden. Wenn nach Art. 110 Abs. 1 des Allg. Deutschen HGB. (§ 123 Abs. 2 des HGB.) die rechtliche Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu dritten Personen schon vor der Registereintragung mit dem Zeitpunkt eintreten soll, in welchem die Gesellschaft auch nur ihre Geschäfte begonnen hat, so muß hiernach die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen haben, die Gesellschaft als solche, als das für die Wirksamkeit nach außen bestimmte Rechtsverhältnis muß tätig geworden sein. Hieran fehlt es im vorliegenden Falle, wenn weiter nichts geschehen ist, als die Fortsetzung des bisherigen Geschäftsbetriebes. Die von der Revision herangezogene Frage, ob denn, wenn die Gesellschaft in dem angegebenen Sinne eigene Geschäfte abschließt, es auch noch erforderlich sei oder nicht, daß sie sich als solche dem Mitkontrahenten offenbare, muß hier als belanglos ganz ausgeschieden werden. Zutreffend aber hat das Berufungsgericht den einseitigen Erklärungen des B. keine Bedeutung beigemessen. Da nach der Feststellung der Instanzgerichte der Vertrag vom 23. November 1899 vereinbarungsgemäß nicht nach außen wirksam sein sollte, also auch die Geschäfte nach außen nicht als Gesellschaftsgeschäfte geschlossen werden durften, so konnten Wille und Erklärung des B. für sich allein nicht bewirken, daß es doch Gesellschaftsgeschäfte waren (vgl. Behrend, Handelsrecht 505 [§ 71, insbesondere Note 2]; Staub, Kommentar Anm. 13 zu § 123). Gleichgültig muß darum auch sein, daß B. durch den Hinweis auf die Teilhaberschaft des Beklagten den Zeugen H. auf die größere Sicherheit des Geschäfts soll aufmerksam gemacht haben. Fehl geht auch der Hinweis der Revision auf Art. 112 Abs. 2 des Allg. Deutschen HGB. (§ 123 Abs. 3 HGB.) nach dem Ausgeführten handelt es sich nicht darum, daß für eine bestehende offene Handelsgesellschaft die Haftung eines Sozius eingeschränkt worden wäre, sondern darum, daß die offene Handelsgesellschaft gar nicht ins Leben getreten war.

* * *

Kann der Kommanditist, der vom Verwalter im Konkurse der Kommanditgesellschaft auf Zahlung der rückständigen Kommanditeinlage in Anspruch genommen wird, gegen diese Forderung mit einer Regreßforderung aufrechnen, die dadurch für ihn entstanden ist, daß er auf Grund einer von ihm für die Gesellschaft übernommenen Bürgschaft nach der Konkurseröffnung an den Gläubiger Zahlung geleistet hat?

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 26. Febr. 1907. 373. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die vom Oberlandesgericht durch Zurückweisung der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts aufrecht erhaltene Abweisung der Klage des Konkursverwalters der Gesellschaft M. & Co. auf Einzahlung der vom Beklagten übernommenen Kommanditeinlage von 25 000 Mk. beruht auf der mit dem Urteil

erster Instanz übereinstimmenden Annahme, daß der Beklagte berechtigt sei, gegen diese Forderung der Konkursmasse mit seiner Regreßforderung, infolge der an die BM. Bank auf Grund der von ihm für die Gesellschaft übernommenen Bürgschaft in Höhe von 55 500 Mk. geleisteten Zahlung, aufzurechnen.

Diese Annahme erscheint bei der gegebenen und in den Vorinstanzen festgestellten Sachlage rechtlich zutreffend.

Der Beklagte hatte, nachdem er bei seinem Eintritt als Kommanditist in die Gesellschaft im Februar 1897 sich zu der jetzt geforderten Einlage von 25 000 Mk. verpflichtet hatte, im Oktober 1897 der BM. Bank gegenüber, welche damals der Firma M. & Co. einen Kredit bis zu 70 000 Mk. eröffnete, für diesen Kredit die Solidarbürgschaft bis zu 55 500 Mk. übernommen und der genannten Bank zu deren Sicherung zwei Hypotheken über denselben Vertrag verpfändet. Die bereits erwähnte Zahlung dieser Bürgschaftssumme seitens des Beklagten an die genannte Bank ist nach Eröffnung des Konkurses, im Mai 1899, erfolgt.

Die Frage, ob und inwieweit im Falle des Konkurses ein Schuldner des Gemeinschuldners mit einer ihm gegen denselben zustehenden Forderung aufrechnen kann, richtet sich, soweit nicht die KO. besondere Bestimmungen trifft, nach dem bürgerlichen Recht. Eine solche besondere Bestimmung enthält der § 47 Abs. 1 der im vorliegenden Falle, gemäß § 8 des Einführungsgesetzes zur neuen KO., zur Anwendung kommenden KO. a. F. (§ 54 Abs. 1 n. F.), wonach die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch bedingt war. Danach ergibt sich auch für das Gebiet des französischen Rechts, das hier zur Anwendung kommt, weil die Bürgschaftsübernahme wie die Konkurseröffnung vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, daß auch derjenige Gläubiger, der zur Zeit der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner eine *nur bedingte* Forderung hatte, im Falle des Eintritts der Bedingung *nach* der Konkurseröffnung zur Aufrechnung mit einer Schuld der Konkursmasse berechtigt war. Daß aber nach französischem Recht dem Bürgen schon infolge der bloßen Übernahme der Bürgschaft, also im vorliegenden Falle dem Beklagten vor der Konkurseröffnung eine bedingte Regreßforderung gegen den Hauptschuldner zustand, die nach Art. 2028 c. c. zu einer unbedingten würde, wenn er den Gläubiger bezahlte, ist rechtlich unbedenklich. Diese Regreßforderung des Bürgen hat nicht lediglich ihren Rechtsgrund in der Tatsache der Zahlung, sondern zunächst in dem durch die Übernahme der Bürgschaft zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner begründeten obligatorischen Verhältnis, wie sich dieses auch aus Art. 2032 c. c. ergibt, wonach dem Bürgen unter bestimmten Voraussetzungen bereits *vor* der Zahlung an den Gläubiger liquide Ansprüche gegen den Hauptschuldner zustehen. Es muß das für den vorliegenden Fall um so mehr gelten, als der Beklagte bei der Übernahme der Bürgschaft zur Sicherung des Gläubigers sich zweier erheblicher Hypotheken durch Verpfändung entäußert hatte. Danach erweist sich der Aufrechnungsanspruch gemäß § 47 Abs. 1 cit. als begründet. Auch der Umstand, daß eine Einlage in die Gesellschaft in Frage ist, steht diesem Anspruch nicht entgegen. Daß die Einlage des Kommanditisten nicht unter allen Umständen durch direkte Zahlung seinerseits zu erfolgen braucht, hat das RG. wiederholt ausgesprochen; es genügt, daß der Gesellschaft ein der Einlage entsprechender Vermögenswert aus dem Vermögen des Kommanditisten zugeflossen ist. Vgl. Entsch. des RG. 63, 256 und das in den Vorinstanzen von dem Beklagten und auch vom OLG. bezogene Urteil 37, 133 ff. bes. 137. In dem letzteren, mit dem vorliegenden im wesentlichen gleichliegenden Falle, in dem der Kommanditist den Anspruch erhob, mit einer Regreßforderung wegen *Einlösung* von Wechselakzepten der Gesellschaft nach der Konkurseröffnung, für die er sich verbürgt hatte, mit der Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Kommanditeinlage aufzurechnen, wurde dieser Anspruch mit der Begründung für gerechtfertigt erachtet, weil der damalige Kläger infolge einer Bürgschaft gezahlt habe, die er bereits *vor* der Konkurseröffnung für die Gesellschaft übernommen hatte. Auf demselben Standpunkt stehen auch die Kommentare zur KO. (Petersen-Kleinfeller KO. 4 A zu § 54 Bem. 6 a E. v. Wilmowski-Kurlbaum KO. 6 A zu § 54 Bem. 4 b zu § 55 Bem. 6; Jaeger KO. 2 A zu § 53 Anm. 14 zu § 54 Anm. 10; die bei dem letzteren bezogene abweichende Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes vom 24. Okt. 1893 Pfaff Samml. 31, 483 beruht auf der Erwägung, daß nach österr. Recht der Bürge Regreßrechte erst mit der Zahlung erwirbt.)

Der Revisionskläger glaubt im vorliegenden Falle die Zulässigkeit der Aufrechnung um deswillen mit Erfolg bestreiten zu können, weil der Beklagte bei der gegebenen Sachlage nicht berechtigt gewesen sei, seine Forderung aus der Verbürgung zum Konkurse der Gesellschaft anzumelden, zu dieser Anmeldung vielmehr nur die BM. Bank als Hauptgläubigerin berechtigt gewesen sei, wie dieses wiederholt vom RG. insbesondere auch von den vereinigten Zivilsenaten (Entsch. 14, 172 ff.) entschieden sei. Dieser Angriff ist in dessen nicht zutreffend. Daß der Beklagte seine Forderung zum Konkurse nicht anmelden konnte, beruht auf der Bestimmung des

§ 61 KO. a. F., deren Tragweite nicht über ihren Inhalt ausgedehnt werden darf, in Verbindung mit der Erwägung, daß es unzulässig erscheinen muß, daß dieselbe Forderung von mehreren angemeldet und für mehrere zugelassen wird, und daß bei dieser Kollision dem Hauptgläubiger der Vorrang gebührt, dessen Rechte im Konkurse nicht dadurch beeinträchtigt werden können, daß für seine Forderung eine Bürgschaft besteht. Aus diesem Umstande kann aber ein begründetes Bedenken gegen die Aufrechnung seitens des Bürgen nicht hergeleitet werden. Nach § 46 KO. a. F. (§ 53 n. F.) braucht der Gläubiger, der aufrechnet, seine Aufrechnung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen; die Aufrechnung erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens. Die Vorschriften über die Ansprüche der Konkursgläubiger und deren Geltendmachung berühren die Frage der Aufrechnung von Forderungen gegen Ansprüche der Konkursmasse überhaupt nicht; für diese sind lediglich die §§ 46 ff. KO. a. F. und die Vorschriften des bürgerlichen Rechts maßgebend. Bei dieser Rechtslage wird denn auch in den Kommentaren zur KO. zutreffend der Standpunkt vertreten, daß selbst diejenigen Forderungen, die kraft Gesetzes von der Anmeldung ausgeschlossen sind, gleichwohl gegen Ansprüche der Konkursmasse aufgerechnet werden können. (Petersen-Kleinfeller a. a. O. zu §§ 53 ff. Bem. 3; v. Wilmowski-Kurlbaum a. a. O. zu § 53 Bem. 6; Jaeger a. a. O. zu § 53 Anm. 7.)

Der Beklagte ist daher von dem OLG. mit Recht für befugt erachtet worden, mit der ihm nach Bezahlung seiner Bürgschaftsschuld an die BM. Bank in Höhe von 55 500 Mk. zustehenden Forderung gegen den Anspruch der Konkursmasse auf die Einlage von 25 000 Mk. aufzurechnen.

* * *

Beim Gattungskauf unterliegt der auf § 276 BGB. gestützte Schadensersatzanspruch des Käufers wegen schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Ware der kurzen Verjährung des § 477 Abs. 1 BGB.

Dieser Grundsatz wird im Urt. des RG. II. ZivSen. vom 12. März 1907, 411. 06, unter Bezugnahme auf die Urteile Entsch. des RG. 53, 200; 56, 166 aufrechterhalten.

* * *

Wenn bei der Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden Handelsgesellschaft der eine das Geschäft nebst Firma, Aktiven und Passiven übernimmt, so ist die vertragsmäßige Übernahme der Verbindlichkeit zur Abfindung des anderen Gesellschafters eine im Betriebe des Geschäftes des jetzigen Geschäftsinhabers entstandene Verbindlichkeit. Tritt in dieses Geschäft ein persönlich haftender Gesellschafter ein, so haftet dieser für jene Verbindlichkeit (§ 28 Abs. 1 HGB.) und letztere gilt dem früheren Gesellschafter gegenüber als auf die neue Gesellschaft übergegangen, so daß er sie gegen diese geltend machen kann.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 27. März 1907. 407. 06.

* * *

Erfüllungsort beim Verkauf einer schwimmenden Ladung. Wo ist der Erfüllungsort, wenn die Ware verkauft ist, nachdem sie abgeladen, der Schiffer aber noch nicht abgefahren ist?

Urt. des II. ZivSen. vom 19. April 1907. 445. 06.

Am 29. März 1904 kaufte die Beklagte von der Klägerin X Tonnen Weizen, „nicht gesund, nicht trocken und nicht geruchfrei, cif Breslau prompte Verladung zu Wasser von (ab) Stettin." Gemäß Ladeschein vom 29. März 1904 hatte der Schiffer M. den Weizen an diesem Tage zu Stettin in seinen Kahn geladen. In dem Ladeschein war nicht die Beklagte, sondern eine von der Klägerin beauftragte Speditionsfirma in Breslau als Empfängerin bezeichnet. Am 13. April 04 kam der Weizen in Breslau an. Nach Besichtigung verweigerte die Beklagte die Zahlung, weil der Weizen probewidrig und total verdorben sei. Gemäß Vereinbarung der Parteien wurde der Weizen für Rechnung desjenigen, den es anging, verkauft. Die Klägerin klagte die Differenz zwischen Erlös und Kaufpreis ein. Die erste Instanz wies die Klage ab. Das Berufungsgericht erkannte nach dem Klagantrage. Das Revisionsgericht hob auf. In den Gründen heißt es:

Das Berufungsgericht stellt fest, der Weizen habe bei Ankunft in Breslau der Kaufprobe nicht entsprochen, sei vielmehr erheblich verschlechtert und minderwertig gewesen; die schlechte Beschaffenheit sei zum großen Teil auf die sachwidrige Behandlung zurückzuführen, die der Weizen in dem Transportkahn des Schiffers M. erlitten habe, dem er in Stettin in vertragsmäßiger, der Kaufprobe entsprechenden Beschaffenheit übergeben worden sei. Die Entscheidung der Frage nun, welche Partei die Gefahr des Transports zu tragen habe, macht das Berufungsgericht treffend in erster Linie von der Vorfrage abhängig, ob Stettin oder Breslau als Erfüllungsort der Klägerin anzusehen sei. Wäre nämlich Breslau Erfüllungsort der Klägerin gewesen, so hätte die Beklagte mit Recht die Zahlung der nicht vertragsgemäßen Ware verweigert. Das Berufungsgericht erkennt nicht, daß nach der gesetzlichen Regel des § 269 BGB. Breslau Erfüllungsort

der Klägerin gewesen sei; aus einer Reihe von Umständen folgert es indessen, gemäß der Willensmeinung der Parteien sei Stettin als Erfüllungsort anzusehen. In dieser Beziehung ist ausgeführt, bei dem beiden Parteien bekannten mangelhaften Zustande der Ware habe Anlaß vorgelegen, darüber sich schlüssig zu machen, wer die Gefahr der Verschlechterung auf dem mindestens vierzehntägigen Flußtransporte tragen solle. Hätte sie Klägerin tragen sollen, so hätte es besonderer Maßnahmen gemäß § 169 BGB., insbesondere auch der Entnahme der Schifferproben für die Rechtsverhältnisse der Parteien nicht bedurft. Der Streit über die ordnungsmäßige Entnahme dieser Probe wäre überflüssig gewesen. Beide Umstände sprächen aber für die Auffassung der Parteien, daß der Zustand der Ware in Stettin für die vertragsmäßige Erfüllung habe maßgebend sein sollen. Für diese Auffassung wird weiterhin noch auf die Vertragsbestimmung prompte Wasserladung ab Stettin sowie auf die Klausel cif. Breslau und noch auf den Umstand Gewicht gelegt, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten selbst ursprünglich die Auffassung vertreten habe, Stettin sei Erfüllungsort. Dazu komme, — so ist ferner erwogen — daß Klägerin schon am 2. April der Beklagten mit der Rechnung mitgeteilt habe, sie empfange durch den Schiffer M. den Weizen. Dem stehe nicht entgegen, daß der Ladeschein an die Beklagte erst in Breslau übergeben sei. Denn die Aushändigung des Ladescheins sei wohl für die Verfügungsmacht des Käufers über die Ware und für den Eigentumsübergang wesentlich, schließe aber den früheren Übergang der Gefahr nicht aus.

Die Angriffe, die von der Revisionsklägerin gegen die tatsächliche Erheblichkeit der Gründe des Berufungsgerichts geltend gemacht werden, können in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung finden. Mit Recht wird aber geltend gemacht, das Berufungsgericht habe nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt bezw. nicht zutreffend rechtlich gewürdigt. Die Beklagte hatte behauptet, zur Zeit des Vertragsabschlusses sei den Parteien nicht bekannt gewesen, wo sich damals gerade der Weizen befunden habe, ob noch auf der Reise nach Stettin oder schon dort, ob im Seedampfer oder schon im Frachtkahn. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht eine gegenteilige Feststellung nicht getroffen; für die Behauptung der Beklagten scheint vielmehr die Erwägung zu sprechen, daß die Beklagte erst am 2. April 04 — also nach Vertragsschluß — die Anzeige von dem den Trausport ausführenden Schiffer von der Klägerin erhalten hat. Für einen Fall solcher Art hat bereits der I. ZivSen. des RG. (RG. 16, 5) zutreffend erwogen, man werde den Ort, an dem der Ladeschein ausgehändigt werden sollte, als Erfüllungsort gelten lassen müssen sowohl dann, wenn das Schiff von dem Versendungsorte bereits abgegangen sei, als auch dann, wenn die Ware verkauft werde, nachdem sie abgeladen, der Ladeschein ausgestellt, der Schiffer aber noch nicht abgefahren sei. Dieser Gesichtspunkt ist von dem Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Für die Frage, ob Stettin als Erfüllungsort anzusehen ist, erscheint weiter von Wichtigkeit, ob und welche Erfüllungshandlung denn von der Klägerin in Stettin vorgenommen worden ist. Der Verkäufer hat nach § 333 des BGB. die Pflicht, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu beschaffen. Eine Übergabe der Sache an die Beklagte in Stettin hat nicht stattgefunden, da, soviel ersichtlich, die Beklagte in Stettin bei der Verladung nicht zugegen war und dort auch keinen Vertreter hatte. Der Schiffer M. war der von der Klägerin bestellte Frachtführer, von dem die Beklagte erst nachträglich Kenntnis erlangt hat. Die Auslieferung der Ware zum Zwecke des Transports ist in der Regel noch nicht die Übergabe im Sinne des § 929 BGB. und der Abschluß des dort vorgesehenen dinglichen Vertrages. In dem Ladeschein aber, dessen Übergabe an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, gemäß § 450 HGB. für den Erwerb von Rechten an dem Gute der Übergabe des Gutes gleichsteht, war nicht die Beklagte, sondern die von der Klägerin beauftragte Speditionsfirma J. in Breslau als Empfängerin bezeichnet. Der Ladeschein sollte somit der Beklagten erst in Breslau zugehen, womit auch die von der Klägerin behauptete Zahlungsbedingung übereinstimmt. Hiernach ist nicht ohne weiteres erkennbar, daß der Beklagten schon in Stettin tatsächlich oder rechtlich eine Verfügungsgewalt über die Ware zugestanden und daß die Klägerin schon in Stettin eine Handlung zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten der Beklagten gegenüber vorgenommen hätte.

* * *

Binnenschiffahrtsgesetz. Kann, wenn der Frachtvertrag auf die hamburger Everführerbedingungen von 1889 abgeschlossen ist, welche die persönliche Haftung des Everschiffseigners für Verlust und Beschädigung des Frachtgutes voraussetzen, aber die Höhe des Schadensersatzes in bestimmter Weise einschränken, der Schiffseigner sich noch auf die Bestimmung des Binnenschiffahrtsgesetzes berufen, wonach die Haftung des Schiffseigners auf die Haftung mit Schiff und Fracht beschränkt ist?

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 13. März 1907. 360. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der § 4 BinnenschG. ist nicht verletzt. Der

Berufungsrichter nimmt mit Recht an, daß die Beschränkung der Haftung auf die Haftung mit Schiff und Fracht dadurch vertragsmäßig ausgeschlossen, daß der Frachtvertrag auf die Everführerbedingungen von 1889 abgeschlossen ist. Dieselben machen unter 4 den Everführer, d. h. den Everschiffseigner im Sinne des jetzigen Binnenschiffahrtsgesetzes, für Verlust und Beschädigung des Frachtguts persönlich haftbar, aber mit der bedeutsamen, von dem Art. 396 des damals, 1889, für das Frachtgeschäft auf Binnengewässern geltenden AllgDHGB. abweichenden Einschränkung, daß bei Berechnung des Schadens der gemeine Handelswert des Guts in keinem Fall höher als 15 Mk. pro 50 kg angenommen werden darf und für mehr als 10000 Mk. der gesamten Ladung desselben Fahrzeuges nie gehaftet wird. Die Beschränkung der Haftung des Binnenschifffrachtführers auf die Haftung mit Schiff und Fracht bestand damals, als die Everführerbedingungen von 1889 für den Binnenschifffrachtverkehr entworfen und üblich wurden, gesetzlich nicht. Sie ist für eine Reihe von Fällen erst durch das am 1. Jan. 1896 in Kraft getretene Gesetz vom 15. Juni 1895 eingeführt und der § 4 Abs. 1 Nr. 2, 3 dieses Gesetzes würde auf den vorliegenden Fall Anwendung finden. Aber es ist rechtlich unbedenklich, daß durch Vertrag anders bestimmt werden kann, und wenn nach Einführung dieses Gesetzes ein Frachtvertrag ausdrücklich auf Grund der Everführerbedingungen von 1889 geschlossen wird, welche die Beschränkung der Haftung auf die Haftung mit Schiff und Fracht nicht kennen, sondern die persönliche Haftung des Schiffseigners voraussetzen und zu seinem Schutz und die Höhe des Schadensersatzes abweichend sowohl von Art. 396 des alten, wie von § 430 des neuen HGB. und von § 26 des Binnenschiffahrtsgesetzes einschränken, so ist die Annahme berechtigt, daß die Beklagte sich neben diesen Bedingungen als Bedingungen des Frachtvertrages nicht noch auf die gesetzliche Beschränkung ihrer Haftung auf die Haftung mit Schiff und Fracht berufen kann. Im vorliegenden Falle, wo der Frachtvertrag 1903 abgeschlossen, ist diese Annahme um so mehr berechtigt, als das RG. schon in seinem Urteil vom 13. 4. 1898 in Übereinstimmung mit dem HansOLG. ausgesprochen hat, daß die Everführerbedingungen von 1889 durch das Gesetz vom 15. 6. 1895 ihre ursprüngliche Bedeutung nicht verloren haben, und daß deshalb, wenn unter der Herrschaft dieses Gesetzes auf Grund der Everführerbedingungen kontrahiert ist, neben der Begrenzung der Haftung auf die Beträge der Bedingungen nicht noch die Beschränkung der Haftung auf Schiff und Fracht beansprucht werden kann. Das Urteil des RG. ist auch in der HansGZ. vom 6. 10. 1898 bekannt gemacht. Wenn trotzdem die Everführerbedingungen nicht geändert sind, so kann nur angenommen werden, daß die Auslegung, welche die Bedingungen durch den höchsten Gerichtshof und eine ständige Rechtsübung des HansOLG. gefunden haben, den Anschauungen und Bedürfnissen der beteiligten Verkehrskreisen entspricht, und diese keine Veranlassung gefunden haben, von dem durch das Gesetz vom 15. 6. 1895 ausgesprochenen Grundsatz der auf Schiff und Fracht beschränkten Haftung durch Änderung der Bedingungen Gebrauch zu machen.

* * *

Aus der seerechtlichen Praxis. Der Befrachter hat auf Verlangen des Empfängers die Ablieferung der Ladung in der im Entlöschungshafen gebräuchlichen Weise vorzunehmen. Abänderung durch Konossementsklauseln. Bedeutung gewisser sich auf die Kosten der Verwiegung beziehenden Konossementsklauseln.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 20. März 1907. 365. 06.

Die Klägerin hatte im Januar und Februar 1905 als legitimierte Inhaberin von Konossementen aus 3 Dampfern einer englischen Linie im Hamburger Hafen Kohlen zu empfangen. Sie schickte zu diesem Zwecke ihre Leute an Bord der Dampfer und verlangte, daß die Empfangnahme mittels ihrer je 1 Hektoliter fassenden Meßkörbe erfolge, und zwar in der Weise, daß diese Körbe auf Deck aufgestellt, die vom Schiffe zum Herausheben der Kohlen aus dem Raum benutzten Löschgefäße in die Körbe entleert und darauf die gefüllten Meßkörbe von ihren Leuten in die längsseits des Dampfers gelegten Schuten geschüttet würden. Der von den Dampfern angenommene Stauer verwandte aber zum Herausheben der Kohlen aus dem Raume besonders große eiserne Gefäße, die mehr faßten als 1 Hektoliter, sodaß die Entlöschung schneller vonstatten gegangen wäre, wenn die Kohlen aus diesen Gefäßen unmittelbar in die Schuten geschüttet worden wären. Mit Rücksicht hierauf erklärten sich die Dampfer zur Verwendung der Meßkörbe nur für den Fall bereit, daß die Klägerin die Mehrkosten übernehme, die der Stauer wegen der längeren Dauer der Entlöschung berechnen werde. Die Klägerin lehnte dies ab und da eine Einigung nicht zustande kam, ließen die Dampfer die Kohlen ungemessen in Schuten werfen.

Der aus diesem Anlaß zwischen den Parteien entstandene Rechtsstreit hatte die Frage zum Gegenstand, ob die Dampfer berechtigt gewesen seien, der Klägerin die Mehrkosten der Stauer, die durch die Verwendnng der Meßkörbe entstanden wären, aufzubürden.

Der Beklagte behauptete dies auf Grund folgender beiden Klauseln der Konossemente:

1) The goods to be taken from the ship's tackles by the consignees immediately after the ship's arrival.

2) If goods are weighed or measured at port of destination, the charges to be borne by consignees.

Dagegen berief sich die Klägerin darauf, daß die von ihr angebotene Art des Empfangs in Hamburg allgemein üblich sei, und daß sie sich auf eine unmittelbare Einschüttung der Kohlen in die Schuten nicht habe einlassen können, weil unvermessene Kohlen schwer verkäuflich seien, die Schutenladungen aber als solche weiterverkauft zu werden pflegten. Es könne sie nicht treffen, wenn die Dampfer ungebräuchliche Löschgefäße verwendeten. Alle Instanzen erkannten zu Gunsten der Klägerin.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Das OLG. legt seiner Entscheidung den Rechtssatz zu Grunde, daß die Ablieferung der Ladung an den Empfänger in der im Entlöschungshafen gebräuchlichen Weise zu erfolgen habe. Dies gelte sowohl nach deutschem; wie nach englischem Rechte. Da die Anwendung eines andern Rechts als des deutschen oder des englischen jedenfalls nicht in Frage kommen kann, für das deutsche Recht aber der Satz als richtig anzuerkennen ist, folgt aus § 549 ZPO., daß diese Grundlage der Entsch. der Revision keinen Grund zur Beschwerde geben kann. Nach der von der Revision nicht beanstandeten tatsächlichen Feststellung des OLG. aber entspricht die Art der Ablieferung, die der Kläger hier verlangt, das Schiff aber verweigert hat, der allgemeinen Übung im Hamburger Hafen: Kohlenladungen werden dem Empfänger an Bord in dessen Hektoliterkörbe geschüttet und diese Körbe läßt der Empfänger in Schuten ausleeren. Dieser Übung hatten sich die Dampfer demnach anzubequemen, und da sie sich dessen geweigert haben, müssen sie die Folgen tragen.

Dies würde nur dann anders sein, wenn die für das Rechtsverhältnis zwischen Befrachter und Empfänger maßgebenden Konossemente (§ 951 Abs. 1 HGB.) etwas abweichendes festsetzten, sei es daß sie die Übungen des Löschplatzes für die Art der Ablieferung der Güter allgemein beseitigten, sei es daß dies für die hier in Frage kommende Übung im besonderen geschehen wäre. Den beiden im Tatbestande wiedergegebenen Konossementsklauseln aber, auf die sich die Beklagte berufen hat, kann, wie das OLG. darlegt, eine solche Bedeutung nicht beigelegt werden. Dieser von der Revision bekämpften Ansicht ist beizutreten.

Die erste Klausel verpflichtet den Empfänger zu unverzüglicher und ununterbrochener Abnahme. Beides steht hier, wo es sich nur um den Modus der Ablieferung, ob in Maßkörbe oder unmittelbar in Leichter, handelt, nicht in Frage. Auf die von der Revision zur Vergleichung herangezogene Klausel:

Cargo to be received as fast as the steamer can deliver

braucht nicht eingegangen zu werden, da sie in den Konossementen nicht enthalten ist, beide Klauseln aber nicht gleich gestellt werden können.

Die zweite Klausel bezieht sich auf die Kosten der Verwiegung der Ladung. Selbstverständlich aber nur auf eine zwischen Schiff und Empfänger maßgebende Verwiegung, also z. B. auf eine Verwiegung, die für die Berechnung der Fracht entscheidend sein soll, oder auf eine zu sonstigen Zwecken vorgenommene gemeinsame Feststellung des ausgelieferten Gerichts (um ein „Zuwiegen" im Sinne des § 655 HGB.). Die Kosten einer solchen Verwiegung treffen an sich nach englischem Rechte den, der ihre Vornahme verlangt.

Carver, carriage by sea. Sect 582.

Und auch nach deutschem Rechte können sie unter Umständen das Schiff treffen.

Schaps, Seerecht zu § 593 bei Note 1.

Das will die Klausel ausschließen und in jedem derartigen Falle die Kosten der Verwiegung dem Empfänger aufbürden. Widersinnig aber wäre es, die Klausel dahin zu verstehen, daß dem Empfänger die Kosten einer Verwiegung auferlegt werden sollten, die er bei oder nach der Ablieferung für sich vornimmt. Daß er solche Kosten zu tragen hat, ist ganz selbstverständlich. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich, wenn überhaupt, jedenfalls nicht um eine gemeinsame Verwiegung, sondern nur um eine Art der Ablieferung des Frachtgutes, die dem Empfänger mittelbar alsbald Gewißheit über das Gewicht des Abgelieferten verschafft. Diese Art der Ablieferung ist ortsüblich und daher darf sich ihr der Verfrachter nicht widersetzen, auch nicht deswegen, weil sie eine ihn nichts angehende Verwiegung von selbst mit sich bringt.

Aus der Praxis des Handelsregistergerichts.

I. Ist der Prokurist zur Gründungsbeteiligung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne besondere Vollmacht als legitimiert anzusehen? § 49 HGB. § 2 Abs. 1 RG. betr. d. G. m. b. H.

Die Unterzeichnung eines Gesellschaftsvertrages auf Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung Seitens Bevollmächtigter ist nach § 2 RG.

betr. G. m. b. H. nur auf Grund gerichtlich oder notariell errichteter oder beglaubigter Vollmacht zulässig. Gilt dies Erfordernis auch für den Prokuristen oder muß dieser Sondervollmacht nachweisen? Die Frage ist überaus wichtig, da von der einen oder anderen Beantwortung die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages, wie die Eintragungsfähigkeit der Gesellschaft abhängt. Für das Gebiet des österreichischen Rechts kann nach § 4 Ges. vom 6. März 1906 die Frage nicht entstehen, denn hier ist Spezialvollmacht vorgeschrieben „eine besondere, auf das einzelne Geschäft ausgestellte ... Vollmacht." Nach deutschem Recht kommt § 49 Abs. 1 HGB. in Betracht. Obwohl der Betrieb eines Handelsgewerbes in der Regel die Beteiligung bei der Gründung von G. m. b. H. nicht mit sich bringt, wird von Staub-Hachenburg Komm. 2. Aufl., wo das ausdrücklich Anm. 5 zu § 2 auch betont ist, ebenso Staub-Stranz Komm. zum HGB. 8. Aufl. Anm. 1 § 49 der Prokurist ohne weiteres als ermächtigt angesehn zur Beteiligung an der Gründung, wie dies a. a. O. Anm. 11 zu § 182 auch indistincte für die Aktiengründung angenommen ist. Neukamp in Goldschmidt's Zeitschr. 57, 40 Anm. — im Kommentar zum Ges. betr. G. m. b. H. äußert er sich nicht, sagt: „Prokuristen sind, sofern es der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, auch ohne besondere Vollmacht ermächtigt, Namens des Prinzipals einer zu gründenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung beizutreten" — stellt also die Frage auf die Entscheidung ab, ob der konkrete Betrieb des Handelsgewerbes einen solchen Beitritt als in dessen Rahmen fallend rechtfertigt. Das reimt sich schlecht mit § 49 Abs. 1 HGB. Aus § 13 Abs. 3 RG. betr. die G. m. b. H., wonach diese Gesellschaft als Handelsgesellschaft gilt, ganz gleich welches satzungsmäßig der Gegenstand des Unternehmens ist, kann die Entscheidung nicht entnommen werden. Denn damit wird die Beteiligung an solcher Gesellschaft noch nicht zum Handelsgeschäft. Demgemäß wird man unterscheiden müssen, ob die zu gründende Gesellschaft auf ein Gewerbe gerichtet oder idealen Interessen gewidmet ist. Im ersteren Falle, dann aber auch wenn es sich nicht um ein Handelsgewerbe handelt, greift § 49[1] HGB. für Bejahung der Frage Platz, im letzteren Falle bedarf der Prokurist der im § 2 Abs. 2 Ges. betr. G. m. b. H. vorgeschriebenen Vollmacht.

Was vorstehend bezüglich der Beteiligung an der Gründung der Gesellschaft ausgeführt ist, muß, sofern der Prinzipal noch nicht Gesellschafter ist, auch für die Übernahme einer Stammeinlage im Falle des § 55 Ges. gelten, wenn man überhaupt die Übernahmeerklärung durch Bevollmächtigte zuläßt, wie dies richtiger Ansicht nach anzunehmen, s. Neukamp a. a. O. 485, wie denn § 2 Abs. 2 Ges. auch vollinhaltlich für diesen Fall gilt. Ebenso wird für das österr. Recht unter § 52 des österr. Ges. die Bestimmung § 4 Abs. 3 Satz 2 betr. die Spezialvollmacht zu ergänzen sein und zwar nach Abs. 4 § 52 auch dann, wenn es sich um die Übernahme Seitens eines bisherigen Gesellschafters handelt verbis „auf dieses einzelne Geschäft ausgestellte beglaubigte Vollmacht."

Schließlich sei darauf hingewiesen, daß § 2 des deutschen gleich wie § 4 des österr. Gesetzes zwingenden Charakters sind, durch den Gesellschaftsvertrag also auch hinsichtlich der Übernahme neuer Stammeinlagen im Fall der Erhöhung des Stammkapitals abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Vollmachtsform nicht getroffen werden können.

Darüber, daß bei Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch einen nicht legitimierten Bevollmächtigten, ebenso wie bei Übernahme einer neuen Stammeinlage durch einen solchen § 55 deutsch., § 52 österr. Ges. der ganze Akt als nichtig zu behandeln, der Registerrichter also auf Grund solcher Erklärungen die Eintragung abzulehnen hat, herrscht kein Streit, s. Neukamp a. a. O. 490. Welche Wirkung hat nun aber eine trotzdem bewirkte Eintragung? Hier setzt der prinzipielle Streit über die sanierende Wirkung der letzteren ein. Statt die Argumente pro und contra in diesem Zusammenhang nachzuprüfen, sei hier auf die die Heilung ablehnenden, sorgsamen Darlegungen bei Neukamp a. a. O. S. 490—496 verwiesen, die wie für das deutsche, so auch für das österreichische Recht Geltung haben müssen, obgleich für letzteres die aus §§ 142, 144 RfreiwGes. entnommenen Gründe nicht in Frage kommen.

* * *

II. Über die Grenzen des Ordnungsstrafrechts des Registergerichts. (§ 14 HGB.)

Eine G. m. b. H., die jahrelang auswärts domiziliert war, wurde nach Verlegung ihres Sitzes nach B. von dem dortigen Registerrichter gemäß § 41 Abs. 3 Ges. betr. d. G. m. b. H. für verpflichtet erachtet, ihre Bilanzen zu publizieren. Im Ordnungsstrafverfahren (§ 132 ff RFG.) forderte er die Publikation der Bilanzen auch für die Zeit des auswärtigen Domizils, wo solche nicht erfolgt war. Im Beschwerdeverfahren wurde der Standpunkt des Vorderrichters bezüglich dieses letzteren Moments reprobiert mit der Erwägung: Wenn auch der Zwang des Registerrichters zur Erfüllung der Pflicht aus § 41 a. a. O. gerechtfertigt sein mag,

so darf er doch nur soweit greifen, als sein Kontroll- und Ordnungsstrafrecht reicht. Solange die Gesellschaft diesem nicht unterstand, versagt das Zwangsrecht des derzeitigen Registergerichts. Denn diesem gegenüber bestand ja, solange die G. m. b. H. nicht in dessen Bezirk domizilierte, keine Pflicht zur Einreichung i. S. Satz 2 Abs. 3 § 41 cit. Ob und inwieweit solche am früheren Sitze der Gesellschaft zu erfüllen gewesen, hat der Richter des jetzigen Sitzes nicht nachzuprüfen. Seine Kontrollbefugnis beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft in das Register des neuen Domizils. Bei dem angegriffenen Verfahren waltet ein Verkennen der zeitlichen Grenzen des registerrichterlichen Ordnungsstrafrechts, so wie auch die Grenzen der örtlichen Wirksamkeit desselben überschritten sind. Überdies kann die Kontrolle aus § 41 a. a. O. keine unbefristete sein, da doch die Publikationsfrist im Gesetz an bestimmte Fristen gebunden ist. Leider ist den angeregten prinzipiellen Fragen bisher theoretisch noch keine Untersuchung gewidmet.

* * *

III. Die Bedeutung des Widerrufs der Gesellschafts-Anmeldung Seitens eines der Gesellschafter. §§ 106, 108 HGB.

Die Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister bezweckt deren Eintragung in das Handelsregister, als öffentliche Kundgebung der Existenz einer kaufmännischen Gesellschaft mit der besonderen Folge, daß im Verhältnis zu dritten die Wirksamkeit derselben spätestens mit der Eintragung in das Handelsregister beginnt, § 123[1] HGB., eine etwaige Hinausschiebung dieses Termins kraft Vereinbarung unzulässig ist: Abs. 3 § 123 HGB. Die Anmeldung unterliegt in formeller Beziehung den Vorschriften des § 12 HGB., in sachlicher denen der §§ 106, 108 a. a. O. Die Stellung des Registerrichters zu der Anmeldung und deren Inhalt ergibt sich, insbesondere was die Nachprüfung der Wahrheit der Anmeldung und deren Wirksamkeit betrifft, aus den allgemeinen Normen des HGB. und aus § 12 RFreiwG. (Entsch. d. RG. 5. 10. 05 in Zusammenst. d. RJA. 6, 185 ff.). Die fraglichen Gesetzesbestimmungen jedoch geben keinen unmittelbaren Anhalt für die Frage der Behandlung des Widerrufs der geschehenen Anmeldung Seitens eines oder mehrerer Gesellschafter. Was zunächst die Form des Widerrufs betrifft, so kann solcher, Mangels besonderer Vorschrift, formlos erfolgen. Auf die Eintragung wirkt der Widerruf zunächst als aufschiebendes Hindernis. Denn für den Registerrichter liegt nunmehr zutage, daß der Inhalt der Anmeldung Seitens eines an dem Akte notwendig Beteiligten als nicht oder nicht mehr der Wahrheit entsprechend deklariert ist. Dies reicht aus, um den Registerrichter zur Sachermittelung zu veranlassen. So ist denn auch schon in der Judikatur — vgl. diese Zeitschr. 13, 303 — mit Recht angenommen, daß die Eintragung in dem Falle zu versagen, daß ein Gesellschafter seine Anmeldung widerruft. Allerdings ist hier nur der Fall entschieden, daß der Widerruf erfolgt, bevor die Unterschrift aller übrigen dem Gerichte eingereicht ist. Aber man muß weiter gehn und selbst beim Vorliegen aller Anmeldungsformalitäten jedem wie gearteten Widerrruf zwischen Anmeldung und Eintragung die charakterisierte Beachtung sichern. Ob der Widerruf begründet ist oder nicht, das zum Austrag zu bringen, hat der Registerrichter das Mittel, indem er entweder i. S. § 132 RFG., § 14 HGB. das Ordnungsstrafverfahren eröffnet oder gemäß § 127 RFG. dem bei der Anmeldung verharrenden Sozius aufgibt, gegen den Widerrufenden, wie gegen einen seine Mitwirkung bei der Anmeldung Weigernden gemäß § 16 HGB. prozeßrichterliche Entscheidung zu erwirken. — Ohne solche aber ist die Eintragung jedenfalls zu bewirken, sobald der Widerrufende seinen Widerruf zurücknimmt. Für diese Erklärung bedarf es auch wiederum nicht der Form aus § 12[1] HGB., wenn jener bei der Anmeldung schon seine Unterschrift in gehöriger Form abgegeben hatte. Denn der Anmeldungsakt als solcher war ja nicht affiziert. — Hatten aber alle Gesellschafter nach bewirkter Anmeldung beantragt, die Eintragung zu sistieren, so bedarf es, wenn sie die letztere in der Folge erneut im Hinblick auf die frühere Anmeldung begehren, neuer Anmeldung. Denn die frühere war als solche durch die Zwischenerklärung um ihre Wirkung gebracht, da die Anmeldung zu den bedingungs- und befristungsfeindlichen Rechtsgeschäften gehört: Vgl. Recht 1901, 101.

Berlin. Landgerichtsrat Dr. Marcus.

Literatur.

Finger, Landgerichtsrat. Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. V. 1896 nebst dem Recht an Namen (§ 12 BGB.) und § 826

BGB. Kommentar 2. Aufl. 1907. VI und 402 S. 8°. Geheftet 9 Mark. Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

Zwei verschiedenen Tendenzen, die auf verstärkten Schutz des Geschäfts- und Fabrikgeheimnisses einer- und die auf Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebahrens in Handel und Gewerbe anderseits, verdankt das Wettbewerbsgesetz seine Entstehung. Daß es segensreich gewirkt, besonders zufolge prinzipieller Ergänzung durch § 826 BGB. wird Jedermann anerkennen, der die Rechtsprechung aus dem Dezennium der Wirksamkeit dieses enorm erziehlichen Gesetzes und die Literatur, die dasselbe über die Grundfragen gezeitigt hat, kennt. Ein anschauliches, Theorie und Praxis gründlichst darstellendes Bild von diesem Stück moderner Rechts- und Kulturentwickelung bietet der oben angezeigte Kommentar des durch Einzelarbeiten auf dem Gebiete gewerblichen Rechtsschutzes wohl bekannten Verfassers. Mit erstaunlicher Belesenheit hat er alles Material aus der reichen Kasuistik gesammelt und nach systematischen Gesichtspunkten bei den einzelnen §§ gruppiert. Zu den kontroversen Fragen ist, unter Berücksichtigung der Gegenmeinungen, dem Zweck des Buches, das der Praxis dienen soll, entsprechend, wohlbegründet Stellung genommen und sorgfältig der Zusammenhang zwischen dem Spezialgesetz und dem bürgerlichen Gesetzbuch, sowie den sonst in Betracht kommenden Gesetzen bis auf das Kunstschutzgesetz vom 9. 1. 07 dargelegt. Ob in den prinzipiellen Fragen dem Verfasser stets beizupflichten (z. B. hinsichtlich der Frage betr. das durch das Wettbewerbgesetz geschützte Rechtsgut [S. 5 ff. — wo zwischen S. 8 und letztem Abs. S. 10 wohl ein Widerspruch besteht —], ist für den Wert des Buches nicht von Belang; besonders eingehend ist die Erörterung zu dem, dem Schwerpunkt des Gesetzes bildenden, § 1 (S. 15—105), wo insbesondere klärendes Material für die bisher wohl übertrieben als schwierig behandelte Grenzbestimmung zwischen „Angaben tatsächlicher Art" und Urteilen instruktiv zusammengetragen ist; ebenso ist dem Kapitel, der dezeptiven Firmen-, Namen- und Geschäftsbezeichnungsbenutzung (§ 8) eine fast monographische, das Namensrecht des § 12 BGB. in seinen Relationen zu § 8 und zum handelsrechtlichen Firmenrecht entwickelnde, Erörterung (S. 197—266) gewidmet die an Vollständigkeit bisher nirgends erreicht war. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist absolut vollständig zitiert. Wir haben es mit einem gründlichen, die Anwendung des Gesetzes und dessen Fortbildung in hohem Grade zu fördern geeignetem Werke zu tun, dem wir die Teilnahme der Juristen nicht nur, sondern allen an gewerblichem Rechtsschutz Interessierten bestimmt prognostizieren dürfen.

Berlin. Landgerichtsrat Dr. Marcus.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt Dr. Heilbrunn, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Kommentar zum preuß. Einkommensteuergesetz

von **B. Fuisting**

Wirkl. Geh. Ober-Regierungsrat, Senatspräsidenten des Königl. Oberverwaltungsgerichts

völlig neu bearbeitete **7. Auflage** (Fuisting, Die preußischen direkten Steuern Band 1)

Preis gebunden 20 M., postfrei 20,50 M.

Aus dem Vorwort: In der 7. Auflage dieses Werkes hatte der Verfasser eine schwere Aufgabe zu lösen. Es handelte sich nicht nur um die erweiterte Berücksichtigung der neuen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen Handelsrechts sowie um die Einführung des in fortschreitender Entwickelung des Steuerrechts durch die Rechtsprechung gebotenen reichhaltigen Stoffs, sondern an erster Stelle um die Erläuterung der durch die Novelle vom 19. Juni 1906 bewirkten zahlreichen und zum Teil tief eingreifenden Aenderungen in den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes. — Die neue Auflage übertrifft die frühere nicht nur an Umfang, sondern sie stellt infolge einer gründlichen Durcharbeitung zu großen Teilen ein neues Werk dar, das den Steuerpflichtigen ein zuverlässiger Wegweiser, den Behörden und ihren Beamten ein sicherer Leitfaden, den Vertretern der Wissenschaft eine nutzbare Quelle zur Bereicherung des Wissens sein wird.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat **Dr. Paul Holdheim.**
Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 7. **Berlin, Sonnabend 13. Juli 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30. Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906 (Fortsetzung). Von Reichsgerichtsrat Meyn. — Gilt der § 30 ZPO. für die Leipziger „Vormesse"? Von Dr. Heubner, Leipzig. - Kleine Aktien. Von Dr. Heilbrunn. — Gewerbepolizeiliche Kontrolle des Bankiers. — Reichsgerichtsentscheidungen: Sukzessivlieferungskauf. Arglistige Täuschung durch Verschweigen. — Rücktrittsrecht. — Verjährungsunterbrechung durch Streitverkündung. — Kommanditgesellschaft. Bierlieferungsvertrag. — Garantieübernahme beim Kauf. — Konkurrenzklausel. — Seerecht. Konossementsklausel. — Wertverminderung von Aktien. — Gesellschaftsvertrag zur Ausbeutung eines Patents. — Revolvierender Akzeptkredit. — Genossenschaft Aufstellung der Vorschußberechnung im Konkurs. - Schiedsgerichtsordnungen. — Literatur. — Kleine Mitteilungen.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895.

B. Tarif.

Nr. 7. **Tarifst. 25 c.** (**Gesellschaftsverträge, Sache Einbringen.**) Wird eine Aktiengesellschaft gemäß den §§ 80, 81 G. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften m. b. H. in eine Gesellschaft m. b. H. umgewandelt, so ist das von den Gesellschaftern der neuen Gesellschaft auf ihre Stammanteile als gemeinsame Sacheinlage eingebrachte, aus Grundstücken, beweglichen Gegenständen und Forderungen bestehende Vermögen der bisherigen Aktiengesellschaft als Einbringen im Sinne der Tarifst. 25 c zu versteuern.

Urt. des VII. ZivSen. vom 26. Juni 1906. 552. 05.

Die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft hatte beschlossen, diese zum Zwecke der Umwandlung in eine Gesellschaft m. b. H. aufzulösen und hatte zugleich die ihr nach § 78 Abs. 4 G. v. 20. 4. 1892 vorgelegte Bilanz genehmigt. Am selbigen Tage hatte in einer notariellen Verhandlung durch sämtliche bisherige Aktionäre die Errichtung der Gesellschaft m. b. H. stattgefunden. § 7 des Gesellschaftsvertrages lautete: „Die Stammeinlagen sind durch Sach-Einbringen voll eingezahlt, indem die Gesellschafter die ihrem Aktienbesitze entsprechenden Anteile an dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft, welche wiederum die Höhe der Stammeinlage jedes einzelnen Gesellschafters darstellen, in die Gesellschaft eingebracht haben. Das Vermögen der aufgelösten Aktiengesellschaft erscheint somit in Gemäßheit des § 79 des G. v. 20. 4. 1892 als in das Vermögen der neuen Gesellschaft m. b. H. umgewandelt." Die Gesellschaft m. b. H. wurde rechtzeitig zum Handelsregister angemeldet und die Eintragung bewirkt. Die Stempelsteuerbehörde erforderte den Einbringungsstempel von dem Werte der eingebrachten Gebäude und Maschinen, von dem sie aber den vom Notar verwendeten Errichtungsstempel in Abzug brachte. Die Gesellschaft m. b. H. bezahlte diesen Stempel, forderte ihn dann aber zurück. In I. Instanz siegte sie, in II. und III. Instanz wurde ihre Klage abgewiesen.

Gründe des Revisionsurteils:

Der Rechtsvorgang, um den es sich hier handelt, ist der einer nach Maßgabe der §§ 78, 79 G. v. 20. 4. 1892 betr. die Gesellschaften m. b. H. vollzogenen Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft m. b. H. Es fragt sich, ob bei dieser Umwandlung die Gesellschafter der neuen Gesellschaft m. b. H. in diese das aus Grundstücken, Maschinen u. s. w. bestehende Vermögen der bisherigen Aktiengesellschaft in Sinne der Tarifst. 25 c des preuß. StempG. als Sacheinlage eingebracht haben. Die Frage ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsrichter sowie im Einklang mit den Kommentaren zum StempG. von Heinitz und von Hummel und Specht sowie des Staubschen Kommentars zum Gesetz über die Gesellschaften m. b. H. zu bejahen. Was die Kläger und der erste Richter gegen diese Auffassung geltend gemacht haben, ist nicht stichhaltig.

1) Es kann zunächst ein ernstlicher Zweifel daran nicht bestehen, daß hier eine Änderung des Rechtssubjektes vorliegt. Die Aktiengesellschaft ist ein anderes Rechts-

gebilde, als die Gesellschaft m. b. H.; beide stellen verschiedene, selbständige, juristische Persönlichkeiten dar. Daß die Gesellschafter der Gesellschaft m. b. H. identisch sind mit den bisherigen Aktionären der aufgelösten Aktiengesellschaft, ist belanglos, da weder bei dieser noch bei jener die einzelnen physischen Personen die Träger der Gesellschaft sind. Die Tatsache, daß der V. ZivSen. des RG. in Abweichung von dem früheren Preuß. Obertribunal, (Entsch. 26, 336) angenommen hat, bei der Umwandlung einer Gewerkschaft des preuß. Rechts in eine Aktiengesellschaft bleibe das Rechtssubjekt dasselbe, es erscheine dieses Rechtssubjekt nur in einer anderen Gesellschaftsform wie in einem neuen Gewande, kann keinen Anlaß bieten, den § 137 GVG. zur Anwendung zu bringen, da die Rechtsfrage in beiden Fällen nicht genau dieselbe ist. Übrigens sei darauf hingewiesen, daß der IV. ZivSen. des RG. sich durch jene Entscheidung nicht hat abhalten lassen, in der Übernahme der Aktien der neuen Aktiengesellschaft durch die Gründer gegen Hingabe ihrer Kuxe ein reichsstempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft zu erblicken (Gruchot 35, 1174).

2) Auch die namentlich vom ersten Richter vertretene Ansicht, daß es hier an einem rechtsgeschäftlichen Einbringen mangele, ist verfehlt; es wird dabei das obligatorische Kausalgeschäft mit dem dinglichen Rechtsakt verwechselt. Das Einbringungsgeschäft ist in dem Gesellschaftsvertrage enthalten, der die Errichtung der Gesellschaft m. b. H. zum Gegenstande hat, und zwar im besonderen in der Erklärung der Gründer der Gesellschaft, daß sie auf ihre Stammeinlagen das Vermögen der aufgelösten Aktiengesellschaft als Sacheinlage einbringen. Dieses Kausalgeschäft unterliegt dem Stempel, nicht der dingliche Übergang. Daher ist es für die Stempelpflicht gleichgültig, daß, wenn die Voraussetzungen des § 78 a. F. (§ 80 n. F.) vorliegen, alsdann nach § 79 a. F. (§ 81 n. F.) mit der Eintragung der neuen Gesellschaft in das Handelsregister auf sie das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft von Rechtswegen übergeht. Dies hat keine andere Bedeutung als die, daß die sonst erforderlichen aber, der Stempelsteuer auch nicht unterliegenden einzelnen Übertragungsakte (Auflassung, Tarifst. 8 Abs. 3, Zession) wegfallen.

3) Die Revision legte besonderes Gewicht auf den Gedanken, daß die Aktionäre keinen Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen der Aktiengesellschaft hätten und daß es daher ausgeschlossen sei, zu sagen, daß die Gesellschafter Grundstücke, Maschinen, Forderungen usw. einbrächten. Allein auch diese Betrachtung kann nicht für durchgreifend erachtet werden. Das Verhältnis der Aktionäre zur Aktiengesellschaft und zu deren Vermögen während des Bestehens der Gesellschaft muß völlig ausscheiden: hier liegt etwas Besonderes, Eigenartiges, durch das Gesetz nur für diesen Fall Geregeltes vor. Geht alles seinen vorschriftsmäßigen Gang, so steht außer Zweifel, daß die Aktiengesellschaft mit der Auflösung untergeht; sie existiert nicht mehr und sie bringt daher auch in die neue Gesellschaft nichts ein, sondern diejenigen, die in die neue Gesellschaft etwas „einbringen", sind deren Gründer, die Gesellschafter der zukünftigen Gesellschaft. Ihre Stammeinlagen sind es, auf die sie, statt sie bar einzuzahlen, eine Sacheinlage machen. Diese Sacheinlage besteht für alle Gesellschafter gemeinsam in dem Vermögen der bisherigen Aktiengesellschaft. Zu diesem Tun sind sie durch das Gesetz ermächtigt worden, wenn die Voraussetzung hierfür, nämlich ein gemäß § 78 des Gesetzes gefaßter, auf das Ziel der Umwandlung gerichteter Auflösungsbeschluß der Aktiengesellschaft vorliegt. Richtig ist, daß bei solchem Zustande der Dinge nicht jeder einzelne Gesellschafter einzeln Grundstücke, Maschinen usw. einbringt, wohl aber bringen sie gemeinsam ein Vermögen ein, das aus solchen Gegenständen besteht. Damit wird das Erfordernis der streitigen Tarifst. 25 c erfüllt, welche lautet:

„Das Einbringen von nicht in Geld bestehenden „Vermögen, insoweit zu dem eingebrachten „Vermögen unbewegliche Sachen gehören, das „eingebrachte Vermögen aus beweglichen „Vermögensgegenständen besteht usw.

4) Ohne Bedeutung ist schließlich auch der Umstand, daß in der Reichstagskommission der Wille bestand, die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft m. b. H. stempel- und abgabenfrei zu machen. Zunächst war allerdings ein Antrag angenommen worden, welcher lautete: „Die zum Zweck der Umwandlung aufgenommenen Urkunden sind stempelfrei." Allein, nachdem von den verbündeten Regierungen geltend gemacht worden war, daß ein so weitgehender Eingriff in die Steuerhoheit der Bundesstaaten, wie er in der Festsetzung der Stempel- und Abgabenfreiheit der in Betracht kommenden, ausschließlich nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen vorzunehmenden Rechtsakte enthalten sei, in hohem Grade als unerwünscht betrachtet werden müsse, einigte man sich dahin, jenen Zweck auf andere Weise, nämlich durch die Bestimmung zu erreichen, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft auf die neue von Rechtswegen übergehen solle. Man glaubte, bei einer derartigen Regelung der Sache würden stempelpflichtige, abgabenpflichtige Rechtsgeschäfte hinsichtlich des Überganges des Vermögens von der alten auf die neue Gesellschaft überhaupt nicht vorkommen. Dies war auch nach dem damaligen Stande der preuß. Stempelgesetzgebung zutreffend. Allein da das Reichsgesetz andersartige Beschränkungen nicht eingeführt hatte, so war die Landesgesetzgebung nicht behindert, so wie es das preuß. StempG. von 1895 getan hat, das Einbringen von Vermögen in eine Gesellschaft m. b. H. mit der Wirkung zu besteuern, daß nunmehr auch die hier in Frage stehenden Akte darunter fallen.

* * *

Nr. 8. **Tarifst. 25 d. (Gesellschaftsverträge. Auflösung von Gesellschaften, Abs. 1 und 2.)** Übernimmt bei Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter die gesamten Aktiven und Passiven der Gesellschaft gegen Barabfindung des anderen und befinden sich unter den Aktiven unbewegliche oder bewegliche Vermögensgegenstände oder Forderungsrechte, so ist nicht gemäß Abs. 1 Tarifst. 25 d die Barabfindung mit 1/50 v. H., sondern gemäß Abs. 2 die Überlassung jener Gegenstände je mit 1 v. H., 1/3 v. H. oder 1/50 v. H. zu versteuern.

Urt. des VII. ZivSen. vom 30. Mai 1905. 74. 03.

(Ebenso erkannt im Urt. v. 27. Juni 1905. 562. 04.)

In dem Vertrage über die Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft wurde erklärt, daß der eine, A, alle seine aktiven und passiven Beteiligungen an dem Gesellschaftsvermögen an den anderen Teil, K übertrage, so daß dieser nunmehr Alleineigentümer des bisherigen Gesellschaftsvermögens sei, und daß K. hierfür eine runde Abfindungssumme von 10000 Mk. erhalte. Das Gesellschaftsvermögen bestand nur aus beweglichen Sachen und Forderungen. Es wurde

hierfür zunächst nur ein Stempel von 2 Mk. für die Barabfindung von 10000 Mk. gemäß Abs. 1 Tarifst. 25 d (1/50 v. H.) erlegt. Die Stempelsteuerbehörde erforderte aber 1/3 v. H. der Abfindungssumme und der Hälfte der bilanzmäßigen Schulden. Der Kläger bezahlte diesen Stempel, forderte ihn dann jedoch zurück und drang hiermit auch in den beiden ersten Instanzen durch, in der Revisionsinstanz wurde die Klage aber abgewiesen.

Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Der erkennende Senat hat seine Auffassung über das Verhältnis der Absätze 1 und 2 Buchst. d der Tarifst. 25 z. StempelsteuerG. v. 31. 7. 1895 wiederholt und eingehend dargelegt (vgl. Entsch. 45, 218 ff., ferner Urteil v. 28. 12. 1900, JMBl. 1901, 272) und sich insbesondere dahin ausgesprochen, daß, wenn bei Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter die gesamten Aktiva und Passiva der Gesellschaft gegen Barabfindung des anderen übernehme und sich unter den Aktiven unbewegliche oder bewegliche Vermögensgegenstände oder Forderungsrechte befänden, nicht der Abs. 1, sondern der Abs. 2 a. a. O. zur Anwendung zu bringen sei. Die Ausführungen des Berufungsrichters bieten keinen Anlaß, von diesem Standpunkte, auf den sich übrigens jetzt auch das Kammergericht gestellt hat (Beschluß v. 7. 4. 02, Jahrb. Bd. 24 S. B 26), wieder abzugehen. Es genügt vielmehr, im allgemeinen auf die ausführlichen Gründe der angeführten Urteile zu verweisen. Namentlich ist dort auch hervorgehoben, daß bei der Fassung des Gesetzes ein gewisses Mißverhältnis der äußern Form gegenüber der inneren Bedeutung hinsichtlich des Abs. 1 und 2 bestehe, und daß den Anforderungen an eine logisch-harmonische Ausgestaltung des in den beiden Absätzen zum Ausdrucke gelangten gesetzgeberischen Gedankens inbezug auf Inhalt und Form nicht völlig entsprochen sei, daß aber dennoch der Wille des Gesetzgebers erkennbar sei, die bei Auflösung der Gesellschaft geschlossenen Auseinandersetzungsverträge mit dem den Tarifstellen 2 und 32 entsprechenden Stempel (unter Berücksichtigung des Gesellschaftsverhältnisses: Abs. 3 der Tarifst. 25) in allen Fällen zu belegen, in denen jene Verträge die Überlassung von Grundstücken, beweglichen Sachen oder Forderungsrechten zum Gegenstande haben. Die gegenteilige Meinung des Berufungsrichters trifft nicht zu. Der Abs. 1 der Tarifst. 25 d soll sich nach seinem Wortlaut auf die Überlassung „der" Rechte (der gesamten Rechte) an dem Gesellschaftsvermögen beziehen, der Abs. 2 auf die Teilung in Natur, auf die Überlassung einzelner Sachen oder Rechte. Der Abs. 1 hat indessen, was der Berufungsrichter anscheinend übersieht, zwei Fälle im Auge, nämlich zunächst den Fall, daß die Gesellschaft fortbesteht, aber ein Personenwechsel (durch Tod oder Ausscheiden eines Gesellschafters) eintritt, ferner den Fall der Auflösung der Gesellschaft. Nur für den ersten Fall ist von der Überlassung „der" Rechte die Rede. Hier aber handelt es sich nicht um diesen, sondern um den zweiten Fall. Die Gesellschaft ist aufgelöst und die Frage ist, ob, wenn die Abfindung des einen Sozius in Geld besteht, während der andere die gesamten Aktiva übernimmt, der Stempel nur mit Rücksicht auf jene Abfindung und ohne Rücksicht auf den Umstand zu berechnen ist, daß der andere Sozius Sondereigentümer von Grundstücken, beweglichen Sachen oder Forderungen wird, die bisher im Eigentum der Gesellschaft standen. Die Frage ist aber vom erkennenden Senat auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und nach seinem auch in der Fassung ausreichend zu Tage getretenen Zwecke dahin beantwortet, daß in solchem Falle der Erwerb auf Seite des übernehmenden Gesellschafters nach Maßgabe des Abs. 2 das wesentliche sei, die Barabfindung aber nur als Gegenleistung in Betracht komme. Der Berufungsrichter meint ferner, daß die vom Reichsgerichte vertretene Ansicht ein Anwendungsgebiet für den Abs. 1 nicht mehr übrig lasse. Auch dieser Grund ist in dem Urteile v. 28. 12. 1900 erörtert und widerlegt. Es sei nur darauf hingewiesen, daß der Abs. 1 dann jedenfalls zur Anwendung kommt, wenn alle Gesellschafter bei der Auflösung nach Versilberung des Gesellschaftsvermögens in Geld abgefunden werden. Ob dieser Fall gerade häufig ist, darauf kommt es nicht an. Es ist früher schon hervorgehoben, daß in der Praxis die Anwendung des Abs. 2 die Regel bilden wird. Endlich ist die Aufstellung des Berufungsrichters nicht zutreffend, daß in dem vorliegenden Falle keine eigentliche Mutation stattfinde. Bereits in den Urteilen des erkennenden Senats v. 11. 12. 03 und 26. 1. 04 (Entsch. 56, S. 206, 430) ist unter eingehender Begründung ausgeführt, daß die offene Handelsgesellschaft zwar keine juristische Person sei, sich ihr aber nähere, daß das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehöre und daher ein selbständiges sei und daß der Gesellschafter, wenn er Gegenstände dieses Vermögens erwerbe, der Gesellschaft gleich einem Dritten gegenüber stehe. Hiernach vollzieht sich bei der Überweisung von gesellschaftlichen Sachen und Rechten zum freien Sondereigentum an einen der Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft ein Eigentumswechsel, indem an die Stelle der Gesellschaft d. i. der durch den Gesellschaftszweck zur gesamten Hand verbundenen Gesellschafter der Einzelgesellschafter als Einzelperson tritt, dem bisher ein Eigentum an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens nicht zustand. Der Berufungsrichter scheint nach seinen Bemerkungen am Schlusse des Urteils an eine Gesamtnachfolge zu denken, mit welcher die in Abs. 2 getroffene Überlassung von Sachen oder Rechten zum Sondereigentum unverträglich sei. Allein davon ist keine Rede; eine Gesamtnachfolge tritt auch dann nicht ein, wenn dem einen Gesellschafter sämtliche Aktiva und Passiva der Gesellschaft überlassen werden. Ob sich dies im Falle des § 142 HGB. anders verhält, braucht nicht untersucht zu werden, da die Voraussetzungen des § 142 HGB. nicht gegeben sind. Gegenstand des Auseinandersetzungsvertrages war nicht der Anteil des in Geld abgefundenen Gesellschafters, der damit, wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dem anderen zugewachsen sein würde (§ 738 BGB), sondern der Inbegriff des gesellschaftlichen Vermögensbestandes. Da zu ihm unstreitig bewegliche Sachen und Forderungen gehören, für letztere aber ein Sonderbetrag nicht ausgeworfen ist, so hat der Beklagte mit Recht den Stempel von 1/3 v. H. gemäß Abs. 2 der Tarifst. 25 d erhoben.

* * *

Nr. 9. **Tarifst. 25 d. (Gesellschaftsverträge.) Anwendbarkeit auf Gewerkschaften.** Greift die Befreiungsvorschrift des Abs. 3 der Tarifst. 25 d Platz, wenn ein Gewerke, der den größten Teil der Kuxe einer Gewerkschaft besitzt, deren gesamtes Bergwerks- und Grundeigentum gegen Übernahme von Schulden, Auszahlung der anderen Kuxe und Anrechnung des Wertes seiner Kuxe als Gegenwert übernimmt?

Urt. des VII. ZivSen. vom 9. Okt. 1906. 594. 05.

Eine Gewerkschaft A, die im Besitz von 907 Stück der 1000 Kuxe der Gewerkschaft B war, schloß mit dieser

einen als „Auseinandersetzungsvertrag" bezeichneten Vertrag, in welchem letztere ihr gesamtes Bergwerks- und Grundeigentum nebst Zubehör an die erstere zu Sondereigentum übertrug. Als Übernahmepreis wurde der Betrag von 1 100 000 Mk. festgesetzt. Die Gewerkschaft A übernahm Hypotheken und Grundschulden, die auf dem Grundbuchblatt der Gewerkschaft B eingetragen waren, sowie sonstige Verpflichtungen und zahlte bei der Auflassung auf die ihr nicht gehörigen 93 Kuxe den hierauf entfallenden Anteil an dem Übernahmepreis, abzüglich des entsprechenden Anteils jener Kuxe an den von ihr übernommenen Schulden. Der Vertrag wurde mit 1023 Mk. (1 v. H. der auf die 93 Kuxe mit je 1100 Mk. entfallenen Übernahmepreises — 102 300 Mk.) verstempelt und bei der Auflassung der Immobilien als das zugrunde liegende Rechtsgeschäft überreicht. Das Amtsgericht legte der Stempelberechnung den vollen Übernahmepreis von 1 100 000 Mk. zugrunde und forderte den entsprechenden Betrag nach. Die Gewerkschaft A zahlte ihn nach erfolglosem Beschreiten des Beschwerdeweges und forderte ihn dann mit Klage zurück. In den beiden ersten Instanzen wurde sie abgewiesen das Revisionsgericht hob auf und verwies zurück.

Gründe des Revisionsurteils:

Der Berufungsrichter verneint die Anwendbarkeit des Abs. 2 mit der Befreiungsvorschrift in Abs. 3 der Tarifst. 25 d zum StempelsteuerG. vom 31. 7. 1895, weil sich der sogenannte Auseinandersetzungsvertrag vom 14. 5. 03 als ein einfacher Kauf, als ein lästiges Veräußerungsgeschäft im Sinne der Tarifst. 32 charakterisiere; er ergebe nicht, daß eine Abfindung der Klägerin als Teilhaberin der Gewerkschaft erfolgt sei, und auch von einer Auflösung der Gewerkschaft erhelle nichts. Daß an sich die Tarifst. 25 d auch auf Gewerkschaften zu beziehen sei, bezweifelt anscheinend der Berufungsrichter nicht und es unterliegt dies auch keinem Bedenken. Zwar beschäftigen sich die Vorschriften unter a, b, c der Tarifst. 25 ausdrücklich nur mit den dort bezeichneten Gesellschaften, unter denen sich die Gewerkschaften nicht befinden und man könnte aus der Fassung der Vorschrift unter d, die schlechtweg von Gesellschaftsvermögen, Gesellschaft und Gesellschaftern spricht, schließen wollen, daß auch sie nur die unter a, b, c aufgeführten Gesellschaften betreffe. Aber es besteht nicht der geringste innere Grund zu einer solchen beschränkenden Auslegung und der Wortlaut des Gesetzes bedingt sie um so weniger, als auch der Eingang der Tarifstelle ganz allgemein lautet: „Gesellschaftsverträge, wenn sie betreffen ....." Man wird daher den Buchstaben d auf alle Gesellschaften zu beziehen haben, bei denen ein selbständiges Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, was für die Gewerkschaft nach § 96 BergG. v. 24. 6. 1865 ohne weiteres zutrifft (vgl. Hummel und Specht, Komm. z. StG. S. 695, 696 z. III., Heinitz 2. Aufl. 384 c, KGJ. 20 S. B 39). Ist hiernach die Möglichkeit der Anwendung der Tarifst. 25 d auf den vorliegenden Fall nicht von vornherein ausgeschlossen, so genügt die Begründung des Berufungsurteils nicht, um die getroffene Entscheidung zu rechtfertigen; sie läßt eine ausreichende rechtliche Würdigung des Vertragsinhalts und der mit ihm zusammenhängenden Vorgänge vermissen. Über das Verhältnis des Abs. 1 zum Abs. 2 der Tarifst. 25 d hat sich der erkennende Senat bereits mehrfach und eingehend ausgesprochen (vgl. Entsch. 45, 218; 61, 72*), JMBl. 1901, 272). Der Abs. 2 und folgeweise auch die der Natur der Gesellschaft Rechnung tragende Befreiungsvorschrift in Abs. 3 greifen überall Platz, wenn einem Gesellschafter (oder dessen Erben) Sachen oder Rechte seitens der Gesellschaft im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages zum Sondereigentum überlassen werden. Das die lästigen Veräußerungsverträge der Tarifst. 32 von den Geschäften der Tarifst. 25 d unterscheidende Merkmal besteht darin, daß es sich bei den letzteren um die das Gesellschaftsverhältnis betreffenden Verträge handelt, also um solche Verträge, welche die Regelung dieses Verhältnisses bei der Entstehung und der Beendigung, aber auch während der Dauer der Gesellschaft (z. B. beim Ausscheiden eines Gesellschafters oder bei der Erhöhung der Einlagen) zum Gegenstande haben. Daß nun mittels des Vertrages, dessen Versteuerung in Frage steht, die Gewerkschaft den größten Teil ihres Vermögens, nämlich ihren Immobiliarbesitz, der Klägerin, einer mit 907 Kuxen beteiligten Gewerkin, zum Sondereigentum überlassen hat, wird auch vom Berufungsrichter nicht beanstandet. Er kann sich nur fragen, ob diese Überlassung ebenso zu beurteilen ist, als hätte die Gewerkschaft einem Dritten (Nicht-Gewerken) ihre Immobilien gegen Entgelt veräußert, ob mithin der Umstand, daß die Erwerberin auch Gewerkin war, rechtlich gleichgültig und als ein bloßer Zufall zu behandeln ist. Die Beantwortung der Frage erfordert eine nähere Prüfung des Entgelts, welches die Klägerin für die ihr übertragenen Bergwerke und Grundstücke, gewährt hat, und diese Prüfung hat der Berufungsrichter unterlassen. Handelte es sich um einen gewöhnlichen Kauf, so würde die Klägerin einen Kaufpreis dem Vermögen der Gewerkschaft zuzuführen gehabt haben. Der Überlassungspreis, den der Berufungsrichter ersichtlich als Kaufpreis betrachtet, war im Vertrag auf 1 100 000 Mk. festgesetzt. Über die Belegung dieses Preises sagt aber der Vertrag nur, daß auf die in anderen Händen befindlichen 93 Kuxe 74059,62 Mk. zu zahlen und daß Schulden in Höhe von 303 660 Mk. zu übernehmen seien. Danach verbleiben noch 722280,28 Mk., über welche der Vertrag sich nicht weiter ausläßt. Hätte die Beklagte gekauft, so würde sie auch diesen Betrag an die Gewerkschaft zu entrichten gehabt haben. Daß und wie dies hätte geschehen sollen, stellt der Berufungsrichter nicht fest. Eine solche Feststellung wäre aber angesichts des sonstigen Inhalt des Vertrages notwendig gewesen, um die Annahme eines gewöhnlichen Kaufvertrages zu begründen. Es durfte nicht außeracht gelassen werden, daß der Vertrag selbst sich als Auseinandersetzungsvertrag bezeichnet und damit auf das Gesellschaftsverhältnis hindeutet, daß ferner die Klägerin den größten Teil der Kuxe der veräußernden Gewerkschaft besaß und daß sie für den Rest die für jeden Kux angenommene Summe von 1100 Mk. abzüglich der darauf entfallenden Schulden bezahlte. Unter diesen Umständen liegt doch die Annahme außerordentlich fern, daß die Klägerin ihre Kuxe hätte behalten und den Restpreis an die Gewerkschaft zahlen sollen. Vielmehr haben es die Parteien anscheinend als selbstverständlich betrachtet, daß die Kuxe der Klägerin in Ansehung des Restpreises als Gegenwert für die Übereignung des gewerkschaftlichen Vermögens haben dienen, daß daher die Klägerin nichts weiter habe zahlen und andererseits mit ihren Ansprüchen an die Gewerkschaft habe abgefunden sein sollen. Wäre dieses der Fall, so würde der Vertrag als ein Gesellschaftsvertrag zu kennzeichnen sein; die Klägerin hätte gegen die Überlassung der Bergwerke usw. ihre gesellschaftlichen Rechte gegenüber der Gewerkschaft aufgegeben. Ob eine derartige Regelung ohne Auflösung der Gewerkschaft rechtlich denkbar ist, wird im gegenwärtigen Falle nicht notwendig zu entscheiden sein. Die Tarifst. 25 d kommt nicht bloß zur Anwendung, wenn bei Auflösung der Gesellschaft einem Gesellschafter Sachen oder Rechte der Gesellschaft

*) S. vorstehend Nr. 8.

zugeteilt werden, sondern auch dann, wenn ein Gesellschafter nur ausscheidet und mit Vermögensstücken der erwähnten Art abgefunden wird, die Gesellschaft aber im übrigen fortbesteht. Für die stempelrechtliche Beurteilung ist maßgebend, ob das Entgelt, die Gegenleistung für die Übereignung der Gegenstände zu Sondereigentum in dem Verzicht auf die gesellschaftlichen Anteilsrechte besteht. Wäre daher auch in dem Vertrage vom 14. 5. 03 nicht ein Akt der Liquidation zu erblicken — wofür viele Gründe sprechen —, so würde damit das Dasein eines Gesellschaftsvertrages noch nicht verneint und für die Anwendung der Befreiungsvorschrift in Abs. 3 der Tarifst. 25 d Raum gegeben sein. Der Berufungsrichter, dessen Urteil nach Vorstehenden aufzuheben war, wird die Urkunde vom 14. 5. 03 unter Berücksichtigung der gesamten Sach- und Rechtslage erneut auszulegen und darüber zu befinden haben, ob die Klägerin als beteiligte Gewerkin nach Verhältnis ihrer Beteiligung Anspruch auf die in Abs. 3 a. a. O. gewährte Stempelermäßigung hat.

* * *

Nr. 10. **Tarifst. 25 d.** (**Gesellschaftsverträge.**) Die Befreiungsvorschrift des Abs. 4 Nr. 1 der Tarifst. 25d (Überlassung von Rechten am Gesellschaftsvermögen an von der Erbschaftssteuer befreite Personen greift nur im Falle des Abs. 1, nicht auch im Falle des Abs. 2 Platz (also nicht, wenn bei Auflösung einer aus Vater und Sohn bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine gegen Geldabfindung des anderen die gesamten aus beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenständen usw. bestehenden Aktiven nebst den Passiven übernimmt).

Urt. des VII. ZivSen. vom 2. März 1906. 282. 05.

Eine nur aus Vater und Sohn bestehende offene Handelsgesellschaft hatte sich durch schriftlichen Vertrag aufgelöst. Der Sohn übernahm das Geschäft als alleiniger Inhaber mit allen Aktiven und Passiven und verpflichtete sich, seinem ausscheidenden Vater eine jährliche Rente zu gewähren. Zugleich verkaufte der Vater ein ihm allein gehöriges Grundstück an den Sohn. Dieser Vertrag war nur mit 1 Mk. 50 Pfg. verstempelt worden. Die Stempelsteuerbehörde erforderte zuerst einen Leibrentenstempel. Als der Fiskus auf Rückzahlung dieses vom Kläger entrichteten Stempels belangt wurde, erkannte er an, daß ihm dieser Stempel nicht zustehe, beanspruchte jetzt aber auf Grund der Tarifst. 25 d Abs. 2 einen noch höheren Stempel. Die beiden ersten Instanzen verurteilten den Fiskus nach dem Klageantrage, das RG. hob auf und verwies zurück.

Gründe des Revisionsurteils:

Die Annahme des Berufungsrichters, der vorliegende Auseinandersetzungsvertrag falle nicht unter die Vorschrift des Abs. 1, sondern unter diejenige des Abs. 2 der Tarifst. 25 d des StempelsteuerG. v. 31. 7. 1895, ist von keiner Seite angefochten und entspricht der ständigen Rechtsprechung des RG. (Urteile vom 24. 11. 1898 Entsch. 45, 218 ff., 30. 5. 05 VII. 74/03 und v. 27. 6. 05 VII. 562/04). Der Berufungsricher hält aber die Anwendung des Abs. 2 hier deshalb für ausgeschlossen, weil der Auseinandersetzungsvertrag, durch den das Vermögen der Handelsgesellschaft auf den Kläger übertragen ist, zwischen Vater und Sohn zustandegekommen ist und deshalb die Befreiungsvorschrift 1 des Abs. 4 der Tarifst. 25 d Platz greife. Diese Befreiungsvorschrift ist jedoch, wie der jetzt erkennende Senat bereits im Urteile v. 15. 5. 1900 VII. 25/00 entschieden hat, nur auf diejenigen Fälle anwendbar, die nicht nach Abs. 2, sondern nach Abs. 1 zu beurteilen sind. Der hier in Betracht kommende Teil der dortigen Entscheidungsgründe, der in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen und auch in dem in der JW. 1900, S. 542, 51 auszugsweise erfolgten Abdrucke der Entscheidung nicht enthalten ist, lautet dahin:

„Die Befreiungsvorschrift 1 beruht auf einem Antrage, welchen der Abgeordnete Kirsch bei der dritten Lesung des Gesetzes gestellt hatte. Es waren damals vier Anträge eingebracht, von denen derjenige des Abgeordneten Dr. Krause für die gegenwärtige Erörterung keine Bedeutung hat. Der Antrag des Abgeordneten Jansen bezweckte folgende Fassung des Absatzes 1 der Tarifnummer 25 d:

„Die Überlassung der einem Gesellschafter oder dessen Rechtsnachfolger zustehenden Rechte an dem Gesellschaftsvermögen einschließlich seines Anspruchs auf Abfindung“

mit dem sich unmittelbar anschließenden Zusatze:

„Befreit sind Überlassungen an Personen, die durch Beerbung des bisherigen Rechtsinhabers die Rechtsfolge erbschaftssteuerfrei erwerben würden.“

Zur Begründung führte der Abgeordnete aus:

„Selbstverständlich müssen diejenigen Überlassungen von Gesellschaftsrechten, die an solche Personen geschehen, welche den Rechtsinhaber steuerfrei beerben würden, an und für sich steuerfrei belassen werden, aus der Konsequenz, die wir überall in dem Gesetze statuiert haben. Denn darauf kann es ja nicht ankommen, ob dieser Übergang sich wirklich im Wege Erbganges vollzieht, oder ob nur ein Vater seinem Sohn schon bei Lebzeiten einen Gesellschaftsanteil übereignet.“

Die Abgeordneten von Puttkamer und Kirsch wollten dem Abs. 1 den Wortlaut gegeben wissen, welchen das Gesetz jetzt hat. In dem Antrage von Puttkamer war unmittelbar hinter dem Absatz die mit dem Gesetz wörtlich übereinstimmende Befreiungsvorschrift 1 enthalten. In dem Antrage Kirsch nahm die, dem Gesetze gleichfalls gleichlautende, Befreiungsvorschrift dieselbe Stelle ein, welche sie jetzt inne hat. Weshalb ihr diese — andere — Stelle gegeben ist, hat der Antragsteller nicht besonders begründet. Doch liegt die Wahrscheinlichkeit nahe, daß dies lediglich aus dem Grunde geschehen ist, um die beiden Befreiungsvorschriften der Tarifnummer im Zusammenhange darzustellen. Die Wahrscheinlichkeit wird zur Gewißheit, wenn erwogen wird: einmal, daß die Befreiungsvorschrift 1 ebenso wie der Abs. 1 die Worte „Überlassung von Rechten an dem Gesellschaftsvermögen“ gebraucht und nur allgemein die Überlassung socher Rechte an andere Personen behandelt, und sodann, daß im Abs. 2 von der Überlassung von Sachen oder Rechten seitens der Gesellschaft an einen Gesellschafter die Rede ist, die Gesellschaft und der Gesellschafter aber nicht in einem Verhältnisse stehen können, vermöge dessen der Gesellschafter von der Erbschaftssteuer befreit sein würde.

Die Befreiungsvorschrift 1 bezieht sich daher nur auf den Abs. 1. Soweit eine hiervon abweichende Ansicht in dem oben erwähnten Urteile v. 17. 11. 1899 ausgesprochen ist, kann dieselbe nicht aufrecht erhalten werden.“

Von seiner in diesen Ausführungen enthaltenen Auffassung abzugehen findet der Senat keinen Anlaß. Sie wird noch bestärkt durch die Erwägung, daß, wenn man die Befreiung aus Ziffer 1 auch auf Übereignungen im Sinne des Abs. 2 erstrecken wollte, diese hinsichtlich der

Stempelpflichtigkeit wesentlich günstiger gestellt wären als die gewöhnlichen Veräußerungsgeschäfte, da der Kreis der nach dem Erbschaftssteuertarif (Befreiungen) steuerfreien Personen ein erheblich größerer ist als derjenige der durch die Tarifst. 32 Ermäßigungen und Befreiungen Ziff. 2 befreiten Personen. Für eine solche steuerliche Bevorzugung der Verträge der Tarifst. 25 d ist aber kein Grund ersichtlich. Zu Gunsten der Auffassung des Berufungsrichters ist auch der Umstand nicht zu verwerten, daß die für die Tarifst. 25 c gegebenen Befreiungen in einem besonderen Absatze zusammengestellt sind. Hieraus kann nicht gefolgert werden, daß beide Befreiungen unterschiedslos für alle unter 25 d geregelten Fälle, also auch für die des Abs. 2, zu gelten hätten, denn die Befreiung zu 2 kann offenbar nur auf die Gesellschaftsverträge des Abs. 2 Anwendung finden.

Die Regierungsvorlage und die Gesetzesmaterialien, auf die sich der Berufungsrichter für die Unrichtigkeit der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung beruft, bieten für seine Rechtsansicht keine Stütze. Zwar unterwarf die entsprechende Tarifst. der Regierungsvorlage (26) sämtliche unter d aufgeführten Verträge unterschiedslos den für die Versteuerung der Übereignungen von Sachen und Rechten in den Tarifst. 34 (Kaufverträge, jetzt 32) und 2 (Abtretung von Rechten) bestimmten Stempelsätzen, unterließ es aber, auch die in der Tarifst. 34 gewährten Befreiungen in die Tarifst. 26 zu übernehmen. Erst bei der dritten Beratung des Entwurfs im Abgeordnetenhause wurde die Befreiungsvorschrift 1 der Tarifstelle eingefügt (StenB. 2498 ff.). Dabei sind, wie die oben mitgeteilten Entscheidungsgründe des Urteils vom 15. 5. 1900 ergeben, Anzeichen dafür, daß die Befreiung auch die Fälle des Abs. 2 betreffe, nicht hervorgetreten.

Der Ausführung endlich des Berufungsrichters, es stelle eine große Härte und Folgewidrigkeit dar, die Sachüberlassungsverträge zwischen Vater und Sohn, wenn diese eine Gesellschaft bildeten, bei deren Auflösung anders zu behandeln, als dann, wenn beide nicht in einem Gesellschaftsverhältnisse zu einander ständen, wäre vielleicht bei der Erlassung eines zukünftigen Stempelgesetzes zu berücksichtigen, sie kann aber gegenüber dem bestehenden Gesetze nicht von entscheidender Bedeutung sein. Das letztere trägt offenbar dem rechtlichen Gesichtspunkte, der auch von weittragender wirtschaftlicher Bedeutung ist, Rechnung, daß das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges ist, daß der Gesellschafter, wenn er Gegenstände dieses Vermögens erwirbt, der Gesellschaft gleich einem Dritten gegenüber steht, und daß hiernach dieser Erwerb einen Eigentumswechsel darstellt. Mit Rücksicht auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hat der jetzt erkennende Senat im Urteil v. 31. 3. 05, VII 405/04 auch die Befreiungsvorschrift des Abs. 11 Ziff. 2 der Tarifst. 32 in einem Falle für unanwendbar erachtet, in dem ein Vater ein ihm gehöriges Grundstück in eine offene Handelsgesellschaft einbrachte, die nur aus ihm selbst und seinen beiden Söhnen bestand.

Hiernach mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Eine Erörterung darüber, ob der dem Beklagten aus Abs. 2 der Tarifstelle zustehende Stempel der Höhe nach den vom Kläger zurückgeforderten Betrag von 300 Mk. erreicht und inwieweit diese Höhe durch die Vorschrift des Abs. 3 der Tarifst. 25 d beeinflußt wird, hat vor dem Berufungsricher bisher nicht stattgefunden. Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung war daher die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Gilt der § 30 ZPO. für die Leipziger „Vormesse“?

Von **Dr. Heubner**, Leipzig.

Laut Bekanntmachung des Rates der Stadt Leipzig vom 2. 6. 1894 (Nr. I a 2559—778)*) hat das Kgl. Sächs. Ministerium des Innern die Zeit und Dauer der Leipziger Messen im Unterschied zur früheren Meßordnung wie folgt neu geregelt: Neujahrsmesse vom 3. bis 16. Januar; Ostermesse vom Sonntag Quasimodogeniti (erster Sonntag nach Ostern) bis zum Sonntag Cantate (vierter Sonntag nach Ostern); Michaelismesse vom letzten Sonntag im August bis zum dritten Sonntag im September. Weiter hat nach derselben Bekanntmachung der Rat der Stadt L. mit Genehmigung des Kgl. Min. d. Innern und im Einvernehmen mit der Handelskammer und Gewerbekammer beschlossen, für eine Reihe ausdrücklich benannter Warengattungen (keramische, Glas-, Metall-, Holz-, Papier-, Lederwaren, Kurz-, Galanterie-, Spielwaren, Musikinstrumente u. a. m.) vom 1. Montag im März bis zum Sonnabend der darauffolgenden Woche jährlich „eine sogen. Vormesse, d. h. eine Ausstellung von Musterkollektionen und Musterlägern in größerem Umfange“ stattfinden zu lassen, „durch welche den Interessenten die Anschaffung ihres Bedarfs durch Ankauf nach Probe oder Muster ermöglicht werden soll.“ Ob die Frage der Zuständigkeit des Leipziger Amts- und Landgerichts für Klagen aus den auf diesen Vormessen geschlossenen Handelsgeschäften nach § 30 ZPO. schon öfters praktische Bedeutung erlangt und Bejahung oder Verneinung gefunden hat, läßt sich in Ermangelung paragraphen- bezw. sachregistermäßiger oder sonstiger systematischer Registraturausweise nicht ohne weiteres ermitteln und ist mir auch im Wege des Zufalls und gelegentlicher Erkundigung in amtlichem und persönlichem Verkehr nicht bekannt geworden, ebensowenig wie m. W. oberinstanzliche Entscheidungen darüber bis jetzt ergangen oder veröffentlicht sind.

Die Frage einer solchen Zuständigkeit, die bei dem heutigen Umfang dieser Mustermesse und der Herkunft der Ausstellenden (über 3000 Firmen) und Einkaufenden (über 10 000 Firmen) aus allen Ländern und Weltteilen einer allgemeinen Bedeutung sicher nicht entbehrt, beantwortet sich je nach der Bestimmung, die man den Begriffen „Messe und Märkte“ des § 30 ZPO. zu geben hat. Inhalt und Grenzen dieser Begriffe sind dem Gesetz und den Materialien nicht des näheren zu entnehmen und werden auch von den Kommentatoren der ZPO. nicht umfassend erörtert, vielmehr beziehen sich deren Anmerkungen in erster Linie auf die Ausscheidung

*) Abgedruckt im Jahresbericht der Handelskammer Leipzig auf 1894. L. 1895. S. 36.

der „Messen und Märkte, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte“ von den Jahr- und Wochenmärkten und dem allgemeinen Begriff „Markt,“ ohne auf diesen selbst einzugehn.*) Als Kriterien für ihn müssen und dürfen daher wohl auch im Sinne der ZPO., mangels einer ihr oder den Materialien zu entnehmenden Einschränkung oder Erweiterung, die selben gelten, die Wissenschaft und Rechtsprechung für den Begriff „Markt“ im allgemeinen, vor allem also für das dazu den Hauptanlaß bietende öffentliche Marktverkehrsrecht der RGO. aufgestellt haben. Es sind dies nach der geschichtlichen Entwickelung des Begriffs, seiner Auffassung in Verkehrsleben und behördlicher Praxis und den hierin im wesentlichen übereinstimmenden Ansichten der Kommentatoren der RGO.**) neben einer regelmäßigen Zusammenkunft einer Mehrheit von Personen zu bestimmter Zeit an bestimmtem Ort zum Zwecke des Verkaufs und Ankaufs von Waren in erster Linie und unbedingt die „behördliche Veranstaltung oder Genehmigung“ (v. Landmann), die „Anordnung oder Zulassung von Seiten der dazu berufenen Autorität“ (Marcinowski), die „besondere obrigkeitliche Genehmigung“ (v. Bernewitz), die „behördliche Genehmigung“ (Hoffmann), die „besondere Verwaltungsgenehmigung“ (Schenkel) oder „gewerbepolizeiliche Kognition“ (Reger) des Marktes, während seine Abhaltung „auf öffentlichen Straßen oder Plätzen oder auf bebauten oder unbebauten Privatgrundstücken“ als begrifflich unerheblich hingestellt (v. Landmann, Hoffmann) oder dieses Moment, soweit es als Kriterium überhaupt Erwähnung findet, jedenfalls nicht als ausschlaggebend erachtet wird. Erscheint hiernach die von der Stadtgemeinde mit Genehmigung des Ministeriums veranstaltete und zeitlich festgesetzte, zu einem Teile in städtischen, zu einem andern in privaten Grundstücken und Ausstellungsgebäuden stattfindende Leipziger Vormesse zweifellos als Markt, so würde ihr doch trotzdem der Charakter eines solchen nach v. Schicker und Schenkel abzusprechen sein, weil nicht „die Ware zum Absatz in natura vorhanden“ ist, sondern die ausgestellten Proben und Muster vorgeführt werden, „nicht um unmittelbar zum Kauf, sondern um zur Bestellung zu veranlassen,“ in welchem Punkte sich der „Markt“ begrifflich von der „Börse“ und der „Ausstellung“ unterscheide. Diese Auffassung ist indessen nicht haltbar und würde bei Kenntnis der allerdings erst 1894 öffentlichrechtlich in die Erscheinung getretenen Leipziger Musterlagermesse wohl auch kaum in dieser Allgemeinheit ausgesprochen worden sein. Es ließe sich weder aus der Entwickelung und Verkehrsauffassung noch aus der seitherigen Auslegung des Markt- und Meßbegriffs hinlänglich begründen und auch gar nicht einsehen, warum eine in ihrem ganzen Wesen und Bestand aus der ehemaligen Warenmesse hervorgegangene, in allen übrigen Punkten die Kontinuität und Gleichartigkeit mit ihr wahrende, Tausende von Verkäufern und Käufern zu obrigkeitlich bestimmten Terminen periodisch zum Verkauf und Kauf nach Mustern versammelnde behördliche Veranstaltung nicht auch rechtlich als Messe gelten sollte.

Die Berechtigung und Notwendigkeit, die Leipziger Vormesse dem Begriff Markt bezw. Messe der RGO. sowohl wie der ZPO. zu unterstellen — die eventuelle Anwendung des Unterbegriffs Spezialmarkt nach § 70 RGO. und sein strittiges Verhältnis zu dem Unterbegriff Messe des allgemeinen Begriffs Markt kommt hier nicht in Betracht — erscheint auch schon durch die ganze Sachlage insofern gegeben, als sich der gleiche Musterlagerverkehr, dem die von der Ostermesse für die angedeuteten Geschäftszweige aus geschäftlichen Gründen zeitlich abgezweigte „Vormesse“ dient, im Herbst ohne eine solche, hier nicht erforderlich gewesene Abzweigung und Verselbständigung in zeitlichem Zusammenfall mit der Warenmesse für Rauchwaren u. dgl., im Rahmen der allgemeinen Michaelismesse, (zur Neujahrsmesse dagegen der tatsächlichen Entwickelung nach nicht,) wiederholt. Bei Verneinung der Markteigenschaft der Oster-Vormesse müßte dann entweder auch aus der Michaelismesse der Musterlagerverkehr der bezeichneten Geschäftszweige, ihr heutiger Hauptbestandteil, rechtlich ausgeschieden werden, wozu keinerlei Grund und kaum die Möglichkeit bestände, oder aber die Meßbesucher hätten für ihre Beziehungen zur Messe und die auf ihr geschlossenen Geschäfte abwechselnd im März die Anwendung, im Herbst die Nichtanwendung des öffentlichen Markt- und Meßverkehrsrechtes und des Gerichtsstandes für Markt- und Meßsachen zu gewärtigen. Praktisch bedeutsam ist dieser Gesichtspunkt schon um deswillen, weil der Gerichtsstand nicht auf die Dauer der Messe beschränkt, sondern nach Seuffert und unbestrittenermaßen z. B. auch für Klagen aus einem auf einer früheren Messe geschlossenen Geschäfte begründet ist, wenn die Klagezustellung zur folgenden oder einer späteren Messe an den zu ihr aus seiner Heimat wieder erschienenen Beklagten erfolgt. Ferner ist zu be-

*) Petersen-Anger, 4. Aufl., Lahr 1899, 1. 76; Struckmann-Koch, 7. Aufl., Berlin 1900, 32; Gaupp-Stein, 5. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, 1, 87; Seuffert, 8. Aufl. München 1902, 1, 37.

**) Schenkel, 2. Aufl., Karlsruhe 1894, 2, 3 ff; v. Landmann-Rohmer, 3. Aufl., München 1897, 1, 582; Marcinowski, 6. Aufl., Berlin 1898, 232; v. Bernewitz, 7, Aufl., Leipzig 1901, 1, 309; v. Schicker, 4. Aufl., Stuttgart 1901, 1, 339; Reger-Stöhsel, 3. Aufl., Ansbach 1901, 195; Hoffmann, 3. Aufl., Berlin 1902, 157.

achten, daß der § 30 ZPO. s. Zt. bei den Erörterungen und Enquêten über die innerhalb der norddeutschen Prozeßkommission von verschiedenen Seiten angezweifelte Bedürfnisfrage eines besonderen Gerichtsstandes in Meß- und Marktsachen in erster Linie gerade mit Rücksicht auf Leipzig, auf die sächsischen Erklärungen hin, aufrecht erhalten worden ist, die ihn forderten, „um eine richtige Würdigung der Usancen des Meßortes und die notwendige Beschleunigung des Verfahrens in Meß- und Marktsachen sicher zu stellen.“*) Nach alledem wird man die gestellte Frage bejahen und sich hinsichtlich des Verkaufs nach Mustern Gaupp-Stein anschließen dürfen, der allein dieses Moment, von v. Schicker und Schenkel abgesehn, ohne Erörterung des Marktbegriffs im übrigen in die Erörterung einbezieht, indem er es im Gegensatz zu jenen ausdrücklich für gleichgültig erklärt, „ob die Messe mit Waren beschickt wird, oder ob daselbst nur nach Proben etc. gehandelt wird.“

Kleine Aktien.

Von Dr. Heilbrunn.

Neben den oft dargelegten Wirkungen des Börsengesetzes und der mangelhaften Ausgestaltung des Scheckwesens ist nicht zuletzt die Gewohnheit des deutschen Publikums, Aktien in großem Umfang mit fremdem, von den Kreditbanken erborgtem Geld zu erwerben, eine der Ursachen des teueren Geldstandes in Deutschland. Dieser Umstand führt in Zeiten, in denen ein Rückgang der Konjunktur einsetzt, zu heftigen Erschütterungen des Industriemarktes und zu einer Entwertung der Industriepapiere, die häufig durch die tatsächlichen Verhältnisse nicht geboten ist, und damit zu einer Gefährdung des Kredites der einzelnen Gesellschaft selbst. Eine solche Plazierung von Industrieaktien, die das breite Publikum nur zum formellen, nicht zum materiellen Eigentümer der Werte macht, und die jeden Augenblick bei rückgängiger Entwickelung den Markt mit Ware zu überschwemmen droht, hat ihre Ursache einmal in der ganzen Entwickelung unseres Kreditsystems, daneben aber auch sicherlich in der Bestimmung unseres Aktienrechts über den Nominalbetrag der Aktie. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Bestimmung der Plazierung von Industriewerten im breiten Publikum sehr hinderlich ist. Gerade eine Beteiligung an den bestfundierten Unternehmungen wird dem kleineren und mittleren Kapital erschwert, und für den Fall einer Beteiligung wird das Risiko außerordentlich erhöht. Indem aber die hohe Normierung des Nominalwertes eine Aufnahme durch breite Schichten des Anlage suchenden Publikums hindert, läßt sie zugleich die Aktie zu einem Spekulationsobjekt werden, das zu vorübergehendem Besitz mit fremdem erborgten Kapital erworben ist. Man hat oft darauf hingewiesen, daß im Ausland das System der kleinen Aktie in weitgehendem Maße die industrielle Unternehmungslust und damit die nationale Expansionskraft gefördert hat. Der frühere Direktor der Deutschen Bank Siemens hat in einer Reichstagsrede vom 7. Juni 1900 die Pfundaktie direkt die Trägerin des britischen Imperialismus genannt. Die kleine Aktie ermöglicht in jedem Falle auch auf Gebieten, die noch neu, und deren Entwickelungschancen noch ungewiß sind, in höherem Maße wirtschaftliche Neugründungen, indem sie das Risiko teilt und weiten Volskreisen eine Beteiligung mit eignem Kapital ermöglicht. Selbst in Ländern, in denen der Kapitalismus noch nicht so ausgebildet ist, wie in England, zeigt sich das. Wie die südafrikanische Mineninduſtrie auf der Pfundaktie beruht, hat die 25 Lire-Aktie in Italien die Gründung mancher Industrien ermöglicht, die der Entwickelung älterer Industrieländer voraneilen. Das deutsche Aktiengesetz hat bewußter Maßen den entgegengesetzten Weg eingeschlagen. Es will die breite Masse der kleinen Kapitalisten von der Beteiligung an der Aktiengesellschaft zurückhalten, um das spekulative Moment einzuschränken und das Risiko einer Kapitalbeteiligung auf möglichst tragfähige Schultern zu legen. Wenn der Entwurf der Aktiennovelle, den der Reichskanzler am 7. September 1883 dem Bundesrat vorlegte, den Mindestbetrag der Inhaberaktie auf 5000 Mk., der Entwurf der Bundesregierungen einen solchen von 2000 Mk. vorsehen wollte, so beabsichtigte man damit zugleich eine gewisse Immobilisierung der Aktie, um eine Erschwerung der Übertragbarkeit herbeizuführen und meinte, der Aktie den Charakter des Spekulationspapieres nehmen und sie in höherem Grade zu einem Anlagepapier machen zu können. Die Verfasser des Entwurfes glaubten zugleich, daß ein hoher Nominalbetrag der Teilnahmlosigkeit des Aktionärs an der Verwaltung entgegenwirke, und daß er Personen vom Aktienerwerb ausschließe, die ihrer geistigen Eignung nach, nicht zum Aktionär passen, weil ihnen das nötige Verständnis zu einer Kontrolle der Verwaltung fehle. Die Entwickelung unseres Aktienwesens hat dargetan, daß den letztgenannten Motiven ihre Berechtigung fehlt. Die Besitzer sogenannter schwerer Aktien zeigen regelmäßig kein größeres persönliches Interesse an der Verwaltung, wie die anderer Aktien. In den Generalversammlungen pflegt der einzelne Aktionär mit kleinem Aktienbesitz nicht zu erscheinen. Die führenden Banken repräsentieren den Besitz ihrer

*) Reichstag 1874/75, 3. Anlagen, S. 414.

Geschäftsfreunde in den Versammlungen und gegenüber den großen Summen, die hier in einer Hand vertreten sind, erscheint das Auftreten des Einzelaktionärs eben so zwecklos als anmaßend. Er macht regelmäßig eine recht klägliche Figur und fühlt sich schon überaus geehrt, vom Vorsitzenden zum Stimmzähler bestimmt zu werden, worüber er wohl auch jede unbequeme Anfrage vergißt, die er etwa zu stellen sich zu Hause vornahm. Daß aber die Höhe des Nominalbetrages auch nicht geeignet ist, der Aktie den spekulativen Charakter zu nehmen, dafür bedarf es in heutiger Zeit, in der große Massen der Industriewerte mit fremdem Gelde aufgenommen werden, erst recht nicht des Beweises. Lediglich das Eine kann als richtig angesehen werden, daß der hohe Nominalbetrag das Eindringen des Aktienbesitzes in die breite Masse der kleinen Leute verhindert. In Verbindung mit den Bestimmungen des Börsengesetzes, die eine Einführung in den Börsenverkehr erst nach Ablauf eines Sperrjahres seit der Gründung zulassen, hat sich daraus sicherlich die wohltätige Folge ergeben, daß die Gründertätigkeit unsoliden Elementen erschwert wurde, und daß sie mehr und mehr das Monopol angesehener Großinstitute wurde, deren Interesse weniger auf das Erzielen eines einmaligen übermäßigen Gründungsgewinnes abzielt, als vielmehr in der dauernden Verbindung mit dem gegründeten Unternehmen liegt. Bei der Schwierigkeit, die der Außenstehende hat, die geschäftlichen Unterlagen und Chancen eines Unternehmens nachzuprüfen, und die durch alle noch so scharfen Bestimmungen über den Prospektzwang nicht behoben werden kann, liegt in der Einschaltung eines solchen Zwischengliedes der beste Schutz gegen eine Übervorteilung des Publikums. Der Emissionskredit der gründenden Bank dient dem Publikum als sicherster Wertmesser, und er wird von einem angesehenen Institut nicht um eines einmaligen noch so großen Gewinnes willen leichthin aufs Spiel gesetzt. Diese Vorzüge, die das deutsche System zur Folge gehabt hat, sind jedenfalls so große, daß sie davon abhalten sollen, unsere gesetzlichen Bestimmungen zu ändern. Eine andere Frage ist aber die, ob sich nicht Mittel und Wege finden lassen, unter Beibehaltung unserer aktienrechtlichen Normen eine Anpassung an das System des Auslandes zu finden, wodurch es dem kleineren Kapital ermöglicht würde, Anlagen in guten Aktienwerten mit eigenen Mitteln zu finden. Eine Teilung der Aktie ist nach deutschem Recht ausgeschlossen. Der wirtschaftliche Zweck und Erfolg der Teilung kann indes erreicht werden, wenn der Eigentümer der Aktie, auf deren Namen die Aktie bei einem Treuhänder deponiert ist, einem Dritten Anteilsrechte am Erträgnis der Aktie zuspricht, sodaß das Erträgnis der Aktie anteilig vergeben wird. Dies Versprechen kann in der Form des kaufmännischen Verpflichtungsscheines gemäß § 363 HGB. verbrieft werden, und da die Verpflichtungsscheine, sofern sie an Ordre lauten, durch Indossement übertragbar sind, würden sie negotiable Werte darstellen, die Gegenstand des Handelsverkehres sein können. Die Hinterlegung der Aktie bei einer Treuhandbank und die Kontrolle durch diese würde eine mißbräuchliche Ausgabe solcher Verpflichtungsscheine unmöglich machen. Wenn der Handel in solchen Anteilcertifikaten auch außerhalb des Börsenverkehrs erfolgen müßte, so ergibt die Börsennotiz für die im Handel befindlichen Aktien eine zuverlässige Wertkontrolle und der Besitzer befindet sich in mehr gesicherter Stellung bezüglich der Verwertung als der Eigentümer sonstiger unnotierter Effekten.

Juristisch steht der Eigentümer eines solchen Certifikats zur Aktiengesellschaft in keinem Rechtsverhältnis, er ist lediglich Gläubiger des Ausstellers, der ihm für Dividendenanteil und einen etwaigen Liquidationserlös haftet. Die Certifikate stellen daher auch keine Genußscheine im Sinne des Reichsstempelgesetzes dar, vielmehr unterständen sie, insofern sie an Ordre lautende kaufmännische Verpflichtungsscheine sind, der Stempelpflicht nach §§ 2, 24 des Wechselstempelgesetzes vom 10. 2. 1869 bezw. 4. 6. 1879. Die Ausbildung solcher Certifikate erfolgt keineswegs gegen das Gesetz und sie wäre lediglich ein Analogon zu der Schaffung der pfandrechtlich gesicherten Obligationsanlehen des früheren Rechts, bei denen man den Mangel des Gesetzes, das eine direkte Verbindung von Hypothek mit der Schuldforderung nicht zuließ, durch das Einschalten eines Zwischengliedes in der Person des Pfandhalters, auf dessen Namen die Sicherungshypothek eingetragen wurde, zu beseitigen suchte. Auch für die Verwaltung der Gesellschaft selbst, dürfte sich mancher Vorteil ergeben. Die Treuhandbank ist in der Lage, die Rechte des Aktionärs in weit besserem Maße auszuüben, wie der Einzelbesitzer. Sie kann die Verwaltung ber Gesellschaft besser kontrollieren, und ihren Einfluß in der Generalversammlung zur Geltung bringen, was dem einzelnen Aktionär schon wegen der Kosten, die eine Teilnahme regelmäßig verursacht, unmöglich ist. Das Vorhandensein eines Zwischengliedes, das zwar formell Aktionär ist, aber doch wirtschaftlich die Interessen der Unbeteiligten vertritt, kann nur förderlich wirken. Dieses System ließe die Vorteile des deutschen Systems bestehen, das die Gründung erschwert, und sie in die Hände potenter Großunternehmungen mit gesteigerter Verantwortlichkeit legt, und böte andererseits die Möglichkeit, das Risiko des Einzelnen zu verringern und weiteren Kreisen eine Teilnahme an industriellen und kolonialen Unternehmungen zu ermöglichen. Auch könnten die eingangs erwähnten nachteiligen Folgen, die der spekulative Kauf von Aktien mit erborgtem

Gelde mit sich bringt, eingeschränkt werden, indem die Plazierung wesentlich erleichtert würde. Es mag zugegeben werden, daß diese Gestaltung der indirekten Beteiligung an einem Aktienunternehmen eine umständliche ist, daß sie Mehrkosten verursacht, daß auch für außergewöhnliche Fälle, wie bei Sanierungen, Fusionierungen, etc. Schwierigkeiten entstehen könnten. Auch mögen Mißbräuche im einzelnen Falle nicht ausgeschlossen erscheinen. Aber wenn schon der Verkehr ein weitgehendes Bedürfnis empfindet, das kleine Kapital an der Beteiligung an Aktiengesellschaften zuzulassen, so sollte man nicht unterlassen, einen Versuch zu machen. der sich gegebener Formen unseres Rechtes bedient. Es ist ein Fehler unserer Jurisprudenz, daß sie selten selbst schöpferisch neuen Bedürfnissen des Verkehrs gerecht wird, sondern daß man stets glaubt, hierfür die Organe der Gesetzgebung in Anspruch nehmen zu müssen. Diese Zaghaftigkeit sollte überwunden werden, und wie das englisch-amerikanische Recht unabhängig von der Gesetzgebung in erster Linie aus der Entwickelung des wirtschaftlichen Lebens zu immer reicherer Gestaltung seiner Formen sich entwickelt hat, sollte auch in Deutschland der eigenen Initiative auf diesem Gebiete freierer Spielraum gelassen werden. Wenn ein wirtschaftliches Postulat auftaucht, sollte immer der Versuch gemacht werden, ihm aus den gegebenen Formen des Rechts heraus und in Fortbildung desselben gerecht zu werden.

Die gewerbepolizeiliche Kontrolle des Bankiers.

In Nummer 12 der Deutschen Wirtschafts-Zeitung (Verlag B. G. Teubner) beschäftigt sich der Syndikus der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin, Proffessor Dr. Max Apt, mit dem obigen Thema. Er schreibt:

„Durch Urteil des Strafsenats beim kgl. OLG. zu Breslau vom 25. 9. 06. ist ein Breslauer Bankier auf Grund des § 148 Ziffer 4 und 4a der RGewO. in der Fassung der Novelle vom 30. 6. 1900 wegen Gewerbepolizeiübertretung zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Als strafbarer Tatbestand wurde angesehen, daß der Angeklagte, obwohl er in seinem auf den Betrieb des Bankgeschäftes gerichteten Gewerbebetriebe auch gewerbsmäßig die Vermittlung von Hypothekengeschäften ausführt, es unterlassen hat, die in § 35 Abs. 6 der GewO. für Personen, welche das „Geschäft der gewerbsmäßigen Vermittlungsagenten für Immobiliarverträge" beginnen, vorgeschriebene Anzeige bei der zuständigen Behörde zu erstatten und die für diesen Gewerbetrieb erforderlichen Bücher zu führen, wie sie auf Grund der Bestimmung in § 38 Abteilung 4 der GewO. durch die „Vorschriften des Ministers für Handel und Gewerbe über den Geschäftsbetrieb der Vermittelungsagenten für Immobiliarverträge (Immobilienmakler)" vom 23. 7. 1900 (MBl. für die gesamte innere Verwaltung, 61. Jahrgang 1900 S. 238 ff.) vorgeschrieben sind.

Dieses Urteil hat mit Recht in den Kreisen der Kaufmannschaft Befremden erregt. Die Vermittelung von Hypothekengeschäften im regulären Betrieb des Bankgewerbes nimmt immer größeren Umfang an, und einige unserer Großbanken sind dazu übergegangen eigene Hypothekenabteilungen für diese Zwecke zu errichten. Wenn man erwägt, daß der größte Teil des Mobiliarvermögens, das nach Milliarden zählt, von den Banken ohne polizeiliche Kontrolle verwaltet wird, so widerspricht hier die Stellung der Vermittlung von Hypothekengeschäften unter eine lästige polizeiliche Kontrolle dem Rechtsempfinden der Zeit. Mit Recht hat daher die Handelskammer von Breslau in ihrer eingehend begründeten Eingabe vom 27. 11. 06. sich an den Handelsminister mit dem Antrage gewandt, die Vorschriften über Immobilienmakler vom 23. 7. 1900 durch Einschaltung einer Bestimmung am Schlusse etwa des Inhalts dahin zu ergänzen:

> „Auf die Vermittlung von Immobiliarverträgen, soweit sie in dem Betrieb eines Bankgeschäftes (§ 1, Absatz 2, Ziffer 4, HGB.) stattfindet, für welches die Vorschriften über die Führung von Handelsbüchern gelten, kommen die vorstehenden Bestimmungen nicht in Anwendung "

Darüber hinaus muß aber überhaupt gefordert werden, daß die oben bezeichnete Bestimmung der GewO. für Vollkaufleute, d. h. also für Personen, die ins Handelsregister eingetragen sind und denen die Pflicht zur Führung von Büchern obliegt, nicht Anwendung findet. Die gesetzliche Zusammenstellung von Vermittlungsagenten für „Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten" zeigt, daß der Gesetzgeber unmöglich hierbei an Bankgeschäfte und Bankinstitute gedacht haben kann. Vielmehr hat man, wie die Entstehungsgeschichte zeigt, an die Verhältnisse auf dem Lande gedacht, wo das unerfahrene Volk durch Agenten von nicht einwandfreier sittlicher Qualität übervorteilt wird, und diese deshalb einer polizeilichen Kontrolle unterworfen werden müssen.

Die Einreihung der gewerbsmäßigen Mittelungsagenten für Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten in die Kategorie derjenigen Gewerbetreibenden, welchen wegen Unzuverlässigkeit in Bezug auf ihren Gewerbebetrieb die Ausübung desselben untersagt werden kann, ist erst durch die Gewerbenovelle von 1883 erfolgt. Erst die Reichstagskommission hat ihre Aufnahme in den § 35 GewO. beschlossen.

Der Berichterstatter der Kommission, Abgeordneter Dr. Hartmann, verteidigte die Beschlüsse der Kommission in der Sitzung vom 7. 4. 83. (StenB. 3, 1727) damit, daß die Mehrheit der Kommission der Ansicht gewesen sei, daß bezüglich der gewerbsmäßigen Mittlungsagenten in einzelnen Teilen des Reichs das Treiben dieser Art von Agenten einen gemeinschädlichen Umfang und Charakter angenommen habe.

Der Bevollmächtigte zum Bundesrat für das Königreich Bayern, Oberregierungsrat Herrmann, (StenB. 1737) erklärt in Bezug auf Bayern, daß man da alle solche Vermittlungsagenten für Darlehen und Hypotheken „unter der Kollektivbezeichnung der Kommissions- und Anfragebureaus" zusammenfasse und dort für sie früher die Konzessionspflicht gehabt hätte; er bezeichnet sie als „derartige Individuen" und sprach von ihrer Tätigkeit als der „eines äußerst gefährlichen Krebsschadens, welcher an der Wurzel des landwirtschaftlichen Wohlstandes haftet."

In den späteren Verhandlungen führt der Abgeordnete Ackermann aus: „Wir wissen doch alle und viele von uns haben hier Erfahrungen gemacht, daß diese Geschäftstreibenden sich häufig zu Geschäften herandrängen, daß sie hohe Provisionen verlangen, daß sie sich vorausbezahlen lassen und schließlich nichts, gar nichts nützen, daß auch hier sehr häufig Subjekte sich der Geschäfte bemächtigen, die kein Vertrauen verdienen und zu den heruntergekommenen Existenzen gehören."

Unter diesen Begründungen ist schließlich die Einschaltung der obigen Personen in die GewO. aufgenommen worden. Es bedarf keiner Ausführung, daß die Tendenz, die zur Aufnahme dieser Ausnahmebestimmung geführt hat, im modernen Bankverkehr in keiner Weise zutrifft, und daß eine richtige Auslegung sich nicht auf den Wortlaut des Gesetzes stützen darf, sondern auf den Kern zurückgehen muß, den der Gesetzgeber hat treffen wollen. Die Vermittlung von Hypothekengeschäften gehört zu den auf Kreditvermittlung gerichteten Aufgaben des modernen Bankverkehrs. Der moderne Bankier ist ferner im weitesten Sinne Vermögensverwalter und ebenso, wie das OLG. in Colmar — Regers Entsch. 18, 15 — hinsichtlich der Vermögensverwaltung ausgeführt hat, daß dieselbe nicht unter die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten falle, daß es sich vielmehr um ein Nebengeschäft des Bankierberufs handle, das der Gesetzgeber bei Aufstellung der gewerbepolizeilichen Beschränkungen in §§ 35 und 38 der GewO. nicht im Auge gehabt habe. Und wenn dort gesagt ist, es sei nicht anzunehmen, daß eine so hochgradig in die Privatverhältnisse einschneidende Vorschrift wie die Bücherkontrolle für die gewerbsmäßigen Vermögensverwaltungen der Bankiers eingeführt werden sollte, so gilt das gleiche auch für die Kontrolle, soweit sie sich auf die Hypotheken- u. Darlehensvermittlungen der Bankiers bezieht.

Man muß aber weiter gehen. Die Gründe, die dafür sprechen, den Bankier auszunehmen, sprechen im gleichen Umfange auch dafür, den Vollkaufmann von der gewerbepolizeilichen Kontrolle freizulassen. Der Vollkaufmann gerade ist durch das HGB. verpflichtet, Handelsbücher zu führen, und alle die Erwägungen, aus denen man die gewerbepolizeiliche Kontrolle eingeführt hat, treffen für ihn nicht zu. Der Rechtszustand, wie er sich auf Grund der Entsch. des OLG. in Breslau, dem sich auch das KG. in seiner Entsch. v. 8. 2. 06. (GewArch. für das Deutsche Reich 5, 444.) anschließt, gestaltet, ist ein höchst unbefriedigender. Da nicht anzunehmen ist, daß die Verwaltungsbehörden die hier vertretene und durch das oben erwähnte Urteil des OLG. Colmar unterstützte Auffassung ohne weiteres teilen werden, so ist es nötig, im Wege der Verwaltung oder erforderlichenfalls der Gesetzesänderung auszusprechen, daß Vollkaufleute unter die §§ 35 und 38 der GewO. nicht fallen.

Auch die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin haben in ihrer Eingabe v. 23. 3. 07. sich auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt, es ist anzunehmen, daß auch der Deutsche Handelstag diesen Standpunkt zu dem seinigen machen wird.

Kürzlich hat der Minister für Handel und Gewerbe an die Regierungspräsidenten folgenden Erlaß gerichtet:

„Die Handelskammern in Berlin, Posen und Oppeln, der Verband Deutscher Grundstücks- und und Hypothekenmaklervereine in Frankfurt a. M., sowie der Verein Berliner Grundstücks- und Hypotekenmakler sind dahin vorstellig geworden, daß nicht nur die Bankiers, sondern sämtliche Vollkaufleute von den „Vorschriften" ausgenommen werden möchten. Einen gleichen Beschluß hat auch die Kommission, betr. Geld, Banken und Börse, des diesjährigen Deutschen Handelstages gefaßt. Vor weiterer Entschließung über diese Anträge ersuche ich Sie, auf Grund der in Ihrem Bezirke gemachten Erfahrungen binnen zwei Monaten darüber zu äußern, ob anzuerkennen ist, daß sich die Vorschriften v. 23. 7. 1900 nicht bewährt haben, und ob daher ihre Aufhebung oder ihre Beschränkung auf nicht als Vollkaufleute ins Handelsregister eingetragene Personen angezeigt erscheint."

Es darf erwartet werden, daß das Ergebnis der Rundfrage eine Beseitigung des durch das oben bezeichnete Urteil des Breslauer Strafsenats geschaffenen unbefriedigenden Rechtszustandes nicht nur für Bankiers, sondern für alle ins Handelsregister eingetragene Kaufleute sein wird."

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Zum Begriff der arglistigen Täuschung. Liegt eine solche vor, wenn beim Sukzessivlieferungskauf der verkaufende Fabrikant, mit dem Käufer Aufhebung des noch längere Zeit laufenden Vertrages gegen eine ihm von diesem zu zahlende erhebliche Entschädigung vereinbart, dabei aber verschweigt, daß er die Absicht hat, in sehr kurzer Zeit seinen Fabrikationsbetrieb einzustellen und diese Absicht auch ausführt?

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 19. April 1907. 414. 06.

Am 30. Juli 1902 kaufte die Beklagte von der Klägerin 3000 Tonnen Grobbleche zur sukzessiven Abnahme innerhalb vier Jahren in annähernd gleichen Jahresraten. Am 5. Oktober 1904, zu welcher Zeit die Beklagte noch 1900 Tonnen Bleche zu beziehen hatte, vereinbarte der Prokurist der klägerischen Firma mit der Beklagten mündlich, daß der Lieferungsvertrag vom 30. Juli 1902 gegen eine von der Beklagten an die Klägerin zu zahlende Entschädigung von 6000 Mk. aufgehoben werden solle. Nachdem diese Summe am 17. Oktober 1904 bezahlt worden war, stellte die Klägerin am 31. Oktober 1904 ihren Betrieb ein. Sie teilte dies am 1. November 1904 der Beklagten mit dem Bemerken mit, sie möge sich wegen weiterer Lieferungen anderweitig umsehen. Als die Klägerin dann noch gewisse Ansprüche gegen die Beklagte erhob, beantragte diese nicht nur Abweisung der Klage, sondern auch widerklagend Verurteilung der Klägerin zur Rückzahlung der 6000 Mk., weil sie von der Klägerin durch arglistige Täuschung zum Abschluß der gedachten Vereinbarung bewogen worden sei. Die beiden ersten Instanzen erkannten nach dem Antrage der Klägerin und wiesen die Widerklage ab. Das RG. hob aus folgenden Gründe auf:

Was die für die Revision hauptsächlich in Betracht kommende Anfechtung des Vertrages vom 5. Oktober 1905 wegen arglistiger Täuschung betrifft, die nach der Behauptung der Klägerin namentlich durch die der damaligen Sachlage nicht entsprechende Vorspiegelung, daß der Betrieb der klägerischen Fabrik über den 1. Nov. 1904 hinaus fortgesetzt werde, erfolgt sein soll, so hat das Berufungsgericht im wesentlichen folgendes festgestellt und ausgeführt.

Am 30. Sept. 1904 habe eine vorbereitende Versammlung der Interessenten (wegen der fraglichen Betriebseinstellung der Klägerin) stattgefunden. Ein endgültiger Beschluß über diese Betriebseinstellung sei aber erst später, Ende Oktober 1904, erfolgt. Die zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 5. Okt. 1904 vorliegende Möglichkeit einer demnächstigen Betriebseinstellung sei allerdings von dem Prokuristen der Klägerin der Beklagten absichtlich verschwiegen worden. Das bloße Verschweigen könne aber nicht als eine Verletzung von Treu und Glauben betrachtet werden. Es brauche der eine Vertragsteil die besonderen Umstände, die ihm den Abschluß eines Vertrages erwünscht erscheinen ließen, nicht zu offenbaren, und noch weniger sei er verpflichtet, die Umstände darzulegen, die bei dem anderen Teile die Hoffnung erwecken könnten, kostenlos von der Verpflichtung, über deren entgeltliche Aufhebung verhandelt werde, befreit zu werden. Es durften nur keine positiven Angaben gemacht werden, welche eine falsche Vorstellung erwecken könnten. Das habe aber auch der Prokurist nicht getan.

Die Revisionsklägerin hat hauptsächlich gerügt, das Berufungsgericht habe bei seiner Ausführung, daß nur positive falsche Mitteilungen, nicht Verschweigen von Tatsachen die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung begründen könnten, den letzteren Rechtsgriff verkannt.

Diese Beschwerde erscheint als begründet. Nach den in dem Urteile des erkennenden Senats vom 27. 3. 06, (Entsch. des RG. 62, 149) enthaltenen Ausführungen, womit auch die Begründung der Urteile desselben Senats vom 2. 3. 06 II 320/05 und 12. 9. 06 II 540/05 im Einklang steht, ist nämlich der Verkäufer zwar nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht schlechthin und ausnahmlos verpflichtet, dem Käufer alle ihm bekannten Umstände mitzuteilen, die nach vernünftigem Ermessen für die Willensentschließung des Käufers erheblich sein können. Aber andererseits braucht das Verschweigen, wenn aus ihm eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 des BGB. hergeleitet werden soll, nicht notwendig in der Weise zu geschehen, daß der Verschweigende einen Umstand verdeckt oder durch täuschende Mittel unkenntlich macht. Vielmehr reicht es zu, daß derselbe etwas nicht sagt, dessen Mitteilung der andere Teil unter den gegebenen Verhältnissen erwarten darf, was nach den Verhältnissen des einzelnen Falls zu beurteilen ist. Von diesen Gesichtspunkten aus, die als auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhend auch auf den hier in Rede stehenden Fall einer Vereinbarung über die Auflösung eines Kaufvertrags anwendbar sind, hat aber das Berufungsgericht den vorliegenden Sachverhalt nicht geprüft, weil es im Gegensatz hierzu das bloße Verschweigen einer Tatsache überhaupt nicht als für den Tatbestand des § 123 des BGB. genügend angesehen hat. Namentlich hat es hiernach mit Unrecht bei seinen Erörterungen nicht in Betracht gezogen, ob die

Beklagte nicht nach der Verkehrsauffassung von der Klägerin eine Mitteilung über die von dieser damals schon in Aussicht genommene, wenn auch noch nicht endgültig beschlossene demnächstige Einstellung ihres Fabrikationsbetriebs erwarten durfte. In dieser Hinsicht kam nicht nur das zwischen den Partien zur Zeit der fraglichen Verhandlungen noch bestehende, auf eine längere Dauer berechnete Vertragsverhältnis, sondern auch der von dem Berufungsgericht festgestellte Inhalt des Schreibens der Klägerin an die Beklagte vom 30. Sept. 1904 namentlich insoweit in Betracht, als darin für den Fall der Einigung der Parteien (über die von der Beklagten für die Auflösung des Vertrags der Klägerin zu entrichtende Entschädigung) von einer Ueberschreibung des weiteren Bedarfs der Beklagten (d. h. von weiteren durch diese bei der Klägerin zu machenden Warenbestellungen) die Rede ist. Das Berufungsgericht hat zwar den Inhalt dieses Schreibens für sich allein, — (übrigens auch insoweit nicht von den oben dargelegten rechtlichen Gesichtspunkten aus), — nicht aber auch im Zusammenhang mit den kurz darauf stattgehabten mündlichen Vertragsverhandlungen gewürdigt. Es hat in letzterer Hinsicht namentlich nicht geprüft, ob nicht wenigstens mit Rücksicht auf die in diesem Schreiben enthaltene Andeutung des Abschlusses weiterer Lieferungsverträge, deren Ausführung nach der Annahme des Berufungsgerichts eine längere Dauer des Betriebs der Klägerin zur Voraussetzung gehabt haben würde, bei den weiteren Vertragsverhandlungen vom 5. Okt. 1904 eine Mitteilung der von der Klägerin behufs demnächstiger Einstellung ihres Betriebs bereits getanen Schritte ihrerseits nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung geboten war und ob demgemäß nicht in der Benutzung des von der Klägerin durch ihr erwähntes Schreiben hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtums der Beklagten behufs Erzielung der fraglichen Vereinbarung eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB. zu erblicken ist. In dieser Beziehung sowie auch hinsichtlich der weiteren Frage, ob die erwähnte briefliche Äußerung der Klägerin sich nicht als eine selbständige, für sich allein genügende Täuschungshandlung darstellt, ist namentlich der Grund des Berufungsgerichts, „eine Angabe positiv unrichtiger Tatsachen" könne in der fraglichen Wendung jenes Schreibens nicht gefunden werden, als rechtlich bedenklich anzusehen; denn es kommt für den Begriff der arglistigen Täuschung wesentlich darauf an, ob durch das in Frage stehende Verhalten des einen Teils arglistigerweise bei dem andern eine unrichtige Vorstellung hervorgerufen werden soll und hervorgerufen wird. Die „Angabe einer positiv unrichtigen Tatsache" ist hierzu nicht unbedingt erforderlich. Insbesondere ist bei einer von dem einen Teil dem andern gemachten Mitteilung die Form, namentlich die größere oder geringere tatsächliche Bestimmtheit derselben nicht von entscheidender, rechtsgrundsätzlicher Bedeutung, sofern nur mit dieser Mitteilung der hervorgehobene Zweck erreicht werden soll und erreicht wird. Deshalb kann unter den letzteren Voraussetzungen auch eine in weniger bestimmter Form gemachte falsche Vorspiegelung, die nicht als Angabe einer positiv unrichtigen Tatsache aufzufassen ist, unter Umständen als für den Tatbestand des § 123 BGB. ausreichend erachtet werden.

* * *

Die wegen nicht pünktlicher Zahlung auf Grund eines für diesen Fall vereinbarten Rücktrittsrechtes ohne vorgängige Androhung erfolgte Erklärung des Rücktritts vom Vertrage verstößt nicht gegen Treu und Glauben. Hat ein einem solchen Verhalten angeblich entgegenstehender Handelsgebrauch Bedeutung?

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 5. April 1907. 392. 06.

Bei einem Kohlenlieferungsvertrag mit monatlicher Lieferung und Zahlung war dem Verkäufer vertraglich der Rücktritt vom Vertrage eingeräumt worden, wenn der Käufer, der jedes Mal bis zum 12. des der Lieferung folgenden Monats zu zahlen hatte, seiner Zahlungsverbindlichkeit nicht vollständig und pünklich erfülle. Als der Käufer den für einen Monat schuldigen Betrag von 782.50 Mk. nicht bis zum 12. des folgenden Monats bezahlt, sondern auf Aufforderung des Verkäufers vom 15. dieses Monats erst am 18. desselben Monats durch Ueberweisung bei einer Bank zahlte, erklärte der Verkäufer, der den ihm überwiesenen Betrag dem Käufer gutgeschrieben hatte, am 20. desselben Monats seinen Rücktritt vom Vertrage. Bezüglich dieses Punktes äußert sich das RG. wie folgt:

Auf Grund dieser (d. i. der vorstehend mitgeteilten) Feststellungen ist (vom Berufungsrichter) erwogen, die Klägerin sei schon allein dadurch, daß sie die Zahlung nicht bis zu dem kalendermäßig bestimmten Tage — 12. Mai — geleistet habe, gemäß § 284 Abs. 2 BGB. ohne Mahnung in Verzug geraten. Diese Erwägung ist zwar, wie von der Revisionsklägerin mit Recht geltend gemacht wird, rechtsirrig und steht mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats im Widerspruch, wonach die im Satz 2 des § 284 Abs. 2 BGB. getroffene Bestimmung für den Fall, daß der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und von dieser ab die Leistungszeit kalendermäßig zu berechnen ist, nicht ausdehnend ausgelegt und nicht auf alle Fälle angewendet werden darf, in denen

die Berechnung des Tages nach einem anderen, an sich ungewissen Ereignisse erfolgen kann. (Entsch. des RG. 60, 84). Allein auf dieser Erwägung beruht nicht die Entscheidung, da nicht die gesetzlichen Voraussetzungen des Verzuges in Frage stehen, sondern vielmehr, wie das Berufungsgericht selbst zutreffend ausgeführt hat, nur die Bedingungen des vertraglichen Rücktrittsrechts, dessen Ausübung nach den rechtlich einwandfreien Ausführungen des Berufungsgerichts an keine weitere Voraussetzung geknüpft war, als daß die Zahlung aus einem Grunde, den die Klägerin zu vertreten hatte, nicht rechtzeitig bis zum 12. Mai erfolgte und daß der Rücktritt des Beklagten vom Vertrage nicht gegen Treu und Glauben verstieß. Das Berufungsgericht hat die festgestellte Verzögerung der Zahlung als eine nicht unerhebliche angesehen und den von der Klägerin angeführten Entschuldigungsgrund, daß ihr Inhaber verreist gewesen sei, nicht für zureichend erachtet, um den Zahlungsverzug zu entschuldigen. Ferner ist erwogen, die Annahme oder Genehmigung der Zahlung stehe dem Rücktritte vom Vertrage nicht entgegen. In allen diesen Beziehungen gibt das Berufungsurteil zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß, insbesondere auch nicht die Erwägung, daß die Genehmigung der Zahlung dem Rücktritte vom Vertrage nicht entgegenstehe. Denn infolge des Zahlungsverzugs erwarb der Beklagte zu seinem Rechte auf Zahlung noch das weitere Recht auf Rücktritt vom Vertrage. Die Ausübung des ersteren Rechts bedingte nicht das Erlöschen des letzteren, zu dessen Erlöschen es vielmehr eines Verzichts des Beklagten bedurft hätte; hierfür aber liegt kein Anhaltspunkt vor, da Beklagter unverzüglich nach erlangter Kenntnis von der Zahlung den Rücktritt der Klägerin erklärt hat. Aus dem Umstande, daß Beklagter das Rücktrittsrecht für den Fall nicht pünktlicher Zahlung ausdrücklich sich ausbedungen hatte, und weiterhin aus der Tatsache, daß der Beklagte schon während des Vertrages, der dem jetzt fraglichen unmittelbar vorausging und die gleiche Zahlungsbedingung enthielt, die Klägerin mehrfach und mit dem Hinweise, daß er selbst bis zum 15. des Monats der Zeche Zahlung zu leisten habe, zur pünktlichen Innehaltung der Zahlungszeit aufgefordert und Klägerin wegen des Zahlungsverzuges sich regelmäßig entschuldigt hatte, aus allen diesen Umständen hat das Berufungsgericht gefolgert, daß der Beklagte aus berechtigtem Interesse auf Pünktlichkeit der Zahlung Gewicht legte und der Klägerin dies auch bekannt war. Bei dieser Lage der Sache konnte das Berufungsgericht den fraglichen Zahlungsverzug ohne Rechtsirrtum als einen hinreichenden Grund für die Ausübung des Rücktrittsrechts ansehen und aus den von ihm näher dargelegten Gründen annehmen, daß die Grundsätze von Treu und Glauben nicht noch eine vorherige Androhung des Rücktritts erfordert hätten. Endlich ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht weder dem Umstande rechtliche Bedeutung für die Entscheidung beigemessen hat, daß Beklagter mit zwei anderen Kunden wegen unpünktlicher Zahlungen nicht in Differenzen geraten sei und selber der Zeche gegenüber die Zahlung auf den 15. des betreffenden Monats nicht streng genommen habe; noch einem etwaigen Handelsgebrauche, wonach im Kohlenhandel eine strenge Innehaltung des vereinbarten Zahlungstages selbst in dem Falle nicht gebräuchlich sein soll, daß dem Verkäufer bei nicht pünktlicher Zahlung das Rücktrittsrecht zugesichert sei. In letzterer Beziehung ist zunächst zutreffend ausgeführt, daß eine besondere Vereinbarung einem etwa bestehenden Handelsgebrauche vorgehe. Sodann ist aber auch mit Recht dem von der Klägerin behaupteten Handelsgebrauche als einem mit der Sicherheit des Handelsverkehrs unverträglichen Mißbrauche die rechtliche Bedeutung versagt. Die Beschwerde der Revisionsklägerin über die Ablehnung des für das Bestehen eines solchen Handelsgebrauches erbotenen Beweises kann als begründet nicht anerkannt werden. Denn in der Tat liegen die einzelnen Verhältnisse der Natur der Sache nach zu verschiedenartig, als daß sich in dieser Hinsicht eine allgemein gültige Regel aufstellen ließe. Der eine Kaufmann ist finanziell in der Lage, Kredit zu gewähren, und, sei es aus besonderer Rücksicht auf die Person des Schuldners, sei es aus allgemeinem geschäftlichen Entgegenkommen oder wegen anderweiter geschäftlicher Interessen, auch geneigt, von seinen Vertragsrechten keinen strengen Gebrauch zu machen; bei einem anderen ist dies oder jenes nicht der Fall. Im Interesse einer prompten und zuverlässigen Abwickelung des Handelsverkehrs muß aber grundsätzlich daran festgehalten werden, daß die vertraglich bedungene Zahlungszeit pünktlich inne zu halten ist und daß eine Abweichung hiervon nur in besonderen Umständen, welche nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht vorliegen, ihre Entschuldigung finden kann. Gerade der von der Klägerin hervorgehobene Umstand, daß auch andere Kunden des Beklagten nicht pünktlich gezahlt haben, läßt es als eine natürliche Folge erklärlich erscheinen, wenn auch der Beklagte selbst, wie die Klägerin behauptet, die Zahlungstermine nicht pünktlich innegehalten hätte.

* * *

Wird die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen den Reeder eines Schiffes, welches mittelbar dadurch einen Schaden angerichtet hat, daß es schuldvoll ein anderes Schiff in eine schadenstiftende

Lage gebracht hat, durch die Streitverkündung unterbrochen, die seitens des Beschädigten in dem zuerst gegen den Reeder des anderen Schiffes angestrengten Schadensersatzprozeß dem Reeder des erstgedachten Schiffes gegenüber erfolgt ist?

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 1. Mai 1907. 452. 06.

Das der Firma L. gehörige Segelschiff Pangani hatte durch Auffrennen den von dem Hamburger Staat zu unterhaltenden Altonaer Leitdamm beschädigt. In dem deshalb von dem Hamburger Staat gegen die Firma L. angestrengten Schadensersatzprozeß hatte der erstere der Reederei des Dampfers Hohenfels den Streit verkündet, als die Firma L. sich darauf berief, daß dieser Dampfer durch sein Verschulden die Pangani an den Leitdamm gedrängt habe, die Reederei war aber dem Verfahren nicht beigetreten. Als später der Hamburger Staat die Reederei des Hohenfels wegen jenes Schadens mit Klage in Anspruch nahm, erhob diese den Einwand der Verjährung, den das Berufungsgericht auch für begründet erklärte. Das Revisionsgericht hob auf aus folgenden Gründen:

Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der eingeklagte Anspruch verjährt sei, hat die Revision verschiedene Einwendungen erhoben. Ob diese Einwendungen im übrigen begründet sein würden, kann unerörtert bleiben; denn jedenfalls greift der Vorwurf durch, das es auf Verletzung des § 209 Abs. 2 Ziff. 4 des BGB. beruhe, wenn der Streitverkündung im Vorprozesse die Wirkung der Verjährungsunterbrechung abgesprochen werde. Daß dann, wenn diese Streitverkündung die Verjährung unterbrochen hat, die Klage rechtzeitig erhoben ist, steht außer Zweifel.

Nach der angeführten Bestimmung des BGB. bewirkt die Unterbrechung der Verjährung u. a. „die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt". Das OLG. lehnt die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung ab, weil der Klaganspruch von dem Ausgange des Prozesses gegen L. völlig unabhängig sei. Damit wird aber einesteils die Bedeutung des § 209 Ziff. 4, andererseits das rechtliche Verhältnis verkannt, in welchem die beiden Prozesse zu einander stehen. In dem Urteile I 23/04 vom 27. 4. 04 (Entsch. des RG. 58, 76) hat der erkennende Senat dem § 209 Ziff. 4 die Auslegung gegeben, es werde für die Unterbrechungswirkung der Streitverkündung nicht verlangt „daß die Entscheidung des Vorprozesses für den in der Streitverkündung bezeichneten Anspruch „präjudizierlich" oder daß die tatsächlichen Feststellungen des Vorprozesses für den späteren Prozeß maßgebend sein müßten". Vielmehr genüge diejenige Abhängigkeit des später zu erhebenden Anspruchs von dem Ausgange des Vorprozesses, welche der § 72 der ZPO. für die Streitverkündung vorsehe. An dieser eingehend begründeten Auslegung des Gesetzes ist auch jetzt festzuhalten. Als ein Fall der Streitverkündung aber, wie er in § 72 der ZPO. vorgesehen ist, muß auch in der vorliegenden Sache die Streitverkündung des Klägers im Vorprozesse gegen den Reeder der Pangani angesehen werden. Von den Voraussetzungen, unter welchen diese Gesetzesstelle die Streitverkündung zuläßt, kommt hier nur die erste Alternative in Betracht, nämlich, daß für den Fall des ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits ein Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung zu erheben ist. Von einem Anspruch auf Gewährleistung kann nicht die Rede sein, wohl aber von einem Anspruch auf Schadloshaltung. Die Pangani, um deren Haftung es sich im Vorprozesse handelte, war dasjenige Schiff, welches äußerlich und unmittelbar den eingeklagten Schaden herbeigeführt hatte; sie konnte ihre Verurteilung nur abwenden, wenn und sofern ihr die Exkulpation gelang, daß sie ohne eigene Schuld nur durch das Verschulden das Dampfers Hohenfels in die schadenstiftende Lage gebracht worden sei. Die Klage, welche der Kläger jetzt gegen den Reeder des Dampfers Hohenfels anstrengt, macht diesem gegenüber den Schaden geltend, dessen Ersatz er infolge des ungünstigen Ausgangs des Vorprozesses nicht von dem Reeder der Pangani verlangen kann. Im gleichen Sinne hat der erkennende Senat sich auch schon in der Sache I 206/04 — Urteil vom 17. 9. 04 — ausgesprochen.

* * *

Für die Klage des Kommanditisten auf Herausgabe seiner Einlage ist, mag der von ihm behauptete Fall der durch seine Erklärung herbeigeführten Auflösung der Gesellschaft wirklich vorliegen oder nicht, der persönlich haftende Gesellschafter, nicht die Kommanditgesellschaft, passiv legitimiert.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 11. Mai 1907. 522. 06.

Die Klägerin hatte mit dem Beklagten eine Kommanditgesellschaft errichtet, an der dieser als persönlich haftender Gesellschafter und sie als Kommanditistin beteiligt war. Als Einlage brachte sie die Maschinen, das Inventar usw. einer bisher von ihr betriebenen Fabrik ein. Nach dem Gesellschaftsvertrage sollte dem Ehemann der Klägerin Prokura erteilt werden und seine Stellung solange unkündbar sein, als die Klägerin Kommanditistin bliebe. Ferner war (im § 12) vereinbart, daß, wenn der Beklagte die Prokura des Ehemanns der Klägerin widerrufen sollte, diese das Recht habe, den Gesellschaftsvertrag für aufgelöst zu erklären und ihre Einlage sofort zurückzufordern. Die Errichtung

der Gesellschaft wurde zum Handelsregister angemeldet. Nach der Angabe der Klägerin hatte nun der Beklagte nach kurzem Bestehen der Gesellschaft ihrem Ehemann das Betreten der Geschäftsräume untersagt und ihn aufgefordert, sich nach einer anderen Stellung umzusehen. Die Klägerin war der Ansicht, daß hiermit der Fall des § 12 eingetreten sei, erklärte durch ein an den Beklagten gerichtetes Schreiben die Gesellschaft für aufgelöst und klagte auf Herausgabe der eingebrachten Maschinen usw. Der Beklagte widersprach der Klage und machte unter anderem in der Berufungsinstanz geltend, § 12 rechtfertige nicht den Klageantrag sondern führe höchstens zu Liquidation der Gesellschaft, auch könne die Klage nicht gegen ihn persönlich, sondern nur gegen die Gesellschaft erhoben werden. Die beiden ersten Instanzen wiesen die Klage ab, das RG. hob auf aus folgenden Gründen:

Die Klägerin will den § 12 des Gesellschaftsvertrages so verstanden wissen, daß ihr für den Fall des Widerrufs der Prokura ein Rücktrittsrecht eingeräumt sei, dergestalt, daß ihr der Beklagte ihre Einlage unbelastet zurückzugewähren oder den Wert zu erstatten habe: eine Liquidation habe nicht zu erfolgen, vielmehr sei es gerade der Zweck der Bestimmung, daß diese vermieden werde; der Beklagte habe das Geschäft in diesem Falle allein zu übernehmen.

Während der Beklagte in der ersten Instanz dieser Auffassung nicht entgegengetreten war und den Hauptantrag der Klägerin selbst für rechtlich (wenn auch nicht für tatsächlich) begründet erklärt hatte, hat er in der zweiten Instanz diese Auslegung bekämpft und geltend gemacht, daß auch im Falle des § 12 eine Liquidation der Gesellschaft einzutreten habe und die Klägerin auf deren Ergebnis zu verweisen sei.

Dies hat die Klägerin veranlaßt, einen Zeugenbeweis dafür anzutreten, daß die Vertragsbestimmung in dem von ihr behaupteten Sinne von den Beteiligten verstanden worden sei.

Das Berufungsgericht erklärt die Auslegung des Vertrages in dem einen oder dem andern Sinne für zweifelhaft, lehnt aber ab, hierüber eine Entscheidung zu geben, indem es ausführt, daß der Anspruch der Klägerin jedenfalls nicht gegen die Person des Beklagten, sondern nur gegen die Kommanditgesellschaft gerichtet werden könne.

Nach der Meinung des OLG. soll die Klägerin also, um zu ihrem Rechte zu kommen, eine Gesellschaft verklagen, von der sie behauptet, daß sie nicht mehr bestehe, sondern daß sie kraft ihrer Erklärung vom 27. 11. 05 ohne Verbleiben einer Rechtsgemeinschaft zwischen den Gesellschaftern (vgl. Staub, HGB. 8. Aufl. § 131 Anm. 1) untergegangen sei. Das ist völlig unhaltbar. Ist der § 12 in ihrem Sinne zu verstehen, so kann es nicht dem geringsten rechtlichen Bedenken unterliegen, daß die Klägerin den Beklagten persönlich auf Rückgewähr ihrer Einlage belangen kann. Ist die Auslegung der Klägerin aber unrichtig und der Vertrag im Sinne des Beklagen zu verstehen, so würde sich die Klage freilich als rechtlich unbegründet herausstellen, die Passivlegitimation des Beklagten aber könnte selbst in diesem Falle nicht in Zweifel gezogen werden. Der Gegenstand des Streites bezieht sich ausschließlich auf das innere Verhältnis der beiden Gesellschafter zu einander. Im innern Verkehr aber steht dem Gesellschafter nicht die Gesellschaft, sondern der einzelne Gesellschafter gegenüber; dieser ist ihm zur Vornahme der gesellschaftlichen Handlungen verpflichtet (Staub a. a. O. § 118 Anm. 8). Und wie im Falle des § 133 des HGB., das Recht auf Auflösung durch Erhebung der Klage gegen den widersprechenden Gesellschafter geltend gemacht wird (Staub, Anm. 5), so muß auch die vorliegende Klage inter socios ihre Erledigung finden. Der Fall ist an sich gleichartig mit dem Falle, daß nach § 140 auf Ausschließung eines Gesellschafters oder nach § 142 auf Übernahme der Aktiva und Passiva geklagt wird — nur daß hier eine andere Art der Auseinandersetzung vertragsmäßig vorgesehen ist.

Demnach unterliegt das Urteil des OLGs. der Aufhebung. Die Sache bedarf der Zurückverweisung, da sie nicht spruchreif ist. Bei der Auslegung des Vertrages werden möglicherweise noch tatsächliche Umstände in Betracht zu ziehen sein, sodaß es nicht für angemessen erachtet ist, in dieser Beziehung der Entscheidung vorzugreifen.

Die Gründe, aus denen das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, können — abgesehen davon, daß sie vom Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht noch nicht nachgeprüft sind — nicht zur Aufrechterhaltung des Berufungsurteils dienen. Die erste Instanz hatte angenommen, daß die Angaben der Klägerin über das Verhalten des Beklagten gegenüber ihrem Manne nicht als Widerruf der Prokura gedeutet werden könnten, sondern daß darin höchstens das Bestreben zutage trete, diesen seinerseits zu einer Kündigung der Prokura zu veranlassen. Dieser Fall aber dürfe jenem, von dem § 12 allein spreche, nicht gleichgestellt werden. Das verstößt gegen §§ 157, 242 des BGB. Waren die Parteien übereingekommen, daß die Stellung Hs. in ihrem gemeinschaftlichen Geschäfte eine dauernde sein sollte, und waren Klägerin für den Fall, daß der Beklagte die Prokura doch widerrufe, besondere Rechte eingeräumt, so handelte der Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn er durch sein Verhalten dem Angestellten das Verbleiben im Geschäfte unmöglich

machte. Die Klägerin würde auch in diesem Falle die Rechte aus § 12 gegen den Beklagten geltend machen können.

* * *

Ungültigkeit eines Vertrages, durch den sich ein Wirt unter einer Vertragsstrafe verpflichtet hat, 12 Jahre lang Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 4. Juni 1907. 44. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Berufungsrichter würdigt alle Umstände im einzelnen sowohl wie in ihrer Gesamtheit. So gelangt er zu der Überzeugung, daß der Vertrag vom 6. 7. 04 die wirtschaftliche und gewerbliche Freiheit und Selbstbestimmung der Beklagten in unzulässiger Weise beschränke und unterbinde und daher wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. BGB. nichtig sei.

Diese Überzeugung des Berufungsrichters beruht wesentlich auf der Annahme, daß in der langen Dauer der Verpflichtung zum Bierbezug von mindestens 12 Jahren eine übermäßige und darum unzulässige Beschränkung der Beklagten in ihrer wirtschaftlichen und gewerblichen Freiheit zu erblicken sei; um so einschneidender sei diese Bindung, — so erwägt der Berufungsrichter weiter, — als beim Bezug fremden Bieres nicht nur eine durch Eintragung in Höhe von 3000 Mk. gesicherte Strafe von 5 Mk. pro Hektoliter verfalle, sondern auch das Darlehn, das die Firma T. in Höhe von 13000 Mk. gegen Sicherung gegeben hatte, ohne Kündigung heimzuzahlen sei, durch Zahlung der Strafe und des Darlehns aber die Bierbezugspflicht nicht gemildert werde, wie der Vertrag bestimmt. Auf Seiten des Bierlieferanten findet der Berufungsrichter eine Häufung von Vorteilen und Zwangsmitteln auch darin, daß das Darlehn von 13000 Mk. auch dann kündigungslos zurückzuzahlen ist, wenn das Grundstück veräußert wird oder die Zinszahlung sich um mehr als einen Monat verzögert. Der Umstand, daß in der fraglichen Wirtschaft neben dem Bier der Firma T. auch echt bayrisches und Lichtenhainer Bier ausgeschänkt werden darf, falle nicht ins Gewicht, weil diese Erlaubnis nach den gegebenen Umständen für den fraglichen Geschäftsbetrieb nur von untergeordneter oder doch nicht erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sei. Die Firma T. behaupte selbst nicht, daß in diesen Bieren ein irgendwie erheblicher Absatz stattgefunden habe oder zu erwarten sei. Der zur Pflicht gemachte Vertrieb des Bieres der Klägerin sei daher von fast ausschließlichem Charakter und bleibe die langfristige Bindung ungeachtet des soeben gedachten Zugeständnisses eine übermäßige wirtschaftliche Erschwerung. Auch den Gesichtspunkt hat der Berufungsrichter erwogen, daß die Kläger gegen die Beklagten bei jedem Verstoß gegen den Bierzwang mit sehr scharfen Zwangsmitteln vorgehen dürfen, während die Kläger selbst lediglich die gesetzlichen Pflichten auf sich genommen haben, ohne daß die Beklagten ein Mittel besäßen, in besonders eindringlicher Weise gegen Verfehlungen der Kläger hinsichtlich der Lieferung und der Preisbemessung sich zu schützen. Gegenüber der bedingungslosen Bindung der Beklagten legt der Berufungsrichter auch diesem Umstand einige Bedeutung bei.

Die Frage ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, ist in der Revisionsinstanz nachzuprüfen. Die Erwägungen des Berufungsrichters lassen jedoch einen Rechtsirrtum nicht erkennen; sie stehen insbesondere nicht, wie die Kläger meinen, im Widerspruch mit Entsch. des RG. 63, 390, wonach es auf die Gesamtwürdigung aller Umstände des einzelnen Falles ankommt. Diese Umstände sind gewürdigt.

* * *

Durch die Übernahme einer zeitlich unbestimmten (auch „vollen") Garantie wird beim Kauf der Beginn der Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht hinausgeschoben. Rechtlicher Charakter einer solchen Garantie.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 4. Jan. 1907. 60. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Das OLG. hat die vom LG. zugesprochene Klage auf Minderung des Kaufpreises von 5000 Mk. für die vom Beklagten der Klägerin verkaufte Geige als nach § 477 BGB. verjährt abgewiesen. Es wurde in dieser Hinsicht in Betracht gezogen, daß der Kaufvertrag zwischen den Parteien im Mai 1900 abgeschlossen wurde, und die Geige damals bereits längere Zeit im Besitze der Klägerin war — so daß eine Überlieferung sich erübrigte —, und daß die Klage erst Ende Juni 1904 angestellt wurde, somit die sechsmonatliche Verjährungsfrist des § 477 BGB. bei der Erhebung der Klage längst abgelaufen war.

Die Klägerin macht, wie in den Vorinstanzen so auch zur Begründung der Revision geltend, daß die Verjährung gleichwohl nicht eingetreten gewesen sei, weil mit dem LG. angenommen werden müsse, daß infolge der von dem Beklagten bei dem Kaufgeschäft übernommenen „vollen Garantie" dafür, daß die Geige ein echtes altes italienisches Instrument sei, der Lauf der Verjährung nicht eher habe beginnen können, als die Klägerin erfahren habe, daß dieses nicht richtig war; das sei aber erst Ende März

oder Anfangs April 1904 der Fall gewesen; das Berufungsgericht habe die Frage, wann die Klägerin Kenntnis von dem Fehlen der garantierten Eigenschaft erlangt habe, nicht geprüft und, indem es dieses nicht tat, die §§ 286 ZPO. und 477 BGB. verletzt.

Dieser Angriff ist indessen verfehlt. Das OLG. hat auf Grund tatsächlicher Erwägungen angenommen und näher begründet, daß im vorliegenden Falle aus der Übernahme selbst der „vollen" Garantie seitens des Beklagten, wie es in dem Scheine vom 11. 5. 1900 heißt, eine vertragliche Hinausschiebung des Beginnes der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Entdeckung eines Mangels der Geige nicht zu folgern sei. Das ist in tatsächlicher Hinsicht in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen und rechtlich nicht zu beanstanden. Wenn allerdings aus der Übernahme einer Garantie wegen etwaiger Mängel der Kaufsache für eine bestimmte, die Verjährungsfrist überdauernde Zeit naturgemäß zu folgern ist, daß die Verjährung bezüglich eines während einer sochen Garantiefrist hervortretenden Mangels nicht schon mit der Ablieferung der Sache, sondern erst mit der Kenntnis desselben seitens des Käufers beginnen kann, (Entsch. des RG. 39, 79 ff.) so ist doch ein Gleiches nicht anzunehmen bei einer zeitlich unbestimmten Garantie. Eine solche ist an sich nichts anderes als die vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft, BGB. § 459 Abs. 2, und eine solche Zusicherung ist für die Verjährung ohne Bedeutung. Auch auf den von der Klägerin darüber angetretenen Sachverständigenbeweis, was man im kaufmännischen Leben unter voller Garantie verstehe, konnte es nach der Feststellung des OLG. über die Tragweite dieser Garantie im vorliegenden Falle nicht ankommen.

* * *

Die Erklärung des vertragstreuen Vertragsteiles, daß er vom Vertrage zurücktrete und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, ist regelmäßig im Sinne der ersten Alternative des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB., also dahin zu verstehen, daß er nicht so vom Vertrage zurücktreten wolle, als ob dieser gar nicht geschlossen sei, sondern daß er den Schaden ersetzt haben will, den er dadurch erleidet, daß der abgeschlossene Vertrag nicht zur Erfüllung gelangt.

Urteile des RG. II. ZivSen. vom 12. April 1907 (427. 06) und 1. Mai 1907 (428. 06).

* * *

Ungültigkeit eines vertraglichen Wettbewerbsverbots, durch welches der betr. Vertragspartei zeitlich unbeschränkt die Möglichkeit genommen wird, in Deutschland und Oesterreich in dem Fabrikationsgeschäft, das sie erlernt hat und in welchem sie von frühester Jugend an ausschließlich tätig gewesen ist und ihren Erwerb gefunden hat, voranzukommen.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 14. Mai 1907. 31. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Nach dem BGB. sind Wettbewerbsverbote unter Androhung von Vertragsstrafen an sich nicht untersagt, solche Vereinbarungen sind daher als zulässig und wirksam zu erachten, sofern sie einerseits dem berechtigten Interesse desjenigen entsprechen, zu dessen Gunsten sie eingegangen sind, und andrerseits derart gegenständlich, örtlich und zeitlich begrenzt sind, daß sie nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Verpflichteten führen (Entsch. des RG. 53, 154 ff. und Entsch. des VI. ZivSen. 363 1905). Hierbei ist die Sachlage des einzelnen Falles unter Berücksichtigung des öffentlich rechtlichen Grundsatzes des § 1 GO., wonach der Betrieb eines Gewerbes einem jeden gestattet ist, soweit nicht die Gewerbeordnung entgegenstehende Bestimmungen enthält, in Betracht zu ziehen. Eine auf Grund dieser Prüfung sich ergebende unziemliche Einschränkung der persönlichen und Erwerbsfreiheit würde den guten Sitten widersprechen und unter § 138 BGB. fallen. Vorliegend ist nun nach der vom OLG. getroffenen Feststellung durch das Wettbewerbverbot dem Beklagten nicht untersagt, als Arbeiter in Zitherfabriken und -Geschäften tätig zu sein, wohl aber ist ihm untersagt, nicht nur die Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts und die direkte und indirekte Beteiligung an einem solchen Geschäfte, sondern auch die Annahme einer Stellung in ihm als Prokurist, Handlungsbevollmächtigter, Handlungsgehilfe, Handlungsagent oder Werkführer, und zwar ist dieses Verbot zeitlich unbegrenzt und örtlich für den Umfang von Deutschland und Oesterreich ausgesprochen. Damit ist aber dem Beklagten die Möglichkeit genommen, in dem Zitherfabrikationsgeschäfte, das er erlernt hat, und in dem er von frühester Jugend an ausschließlich tätig gewesen ist und seinen Erwerb gefunden hat, voranzukommen und sich in ihm nach seiner Fähigkeit weiter auszubilden, und eine dementsprechende, über den Standpunkt des gewöhnlichen Arbeiters hinausgehende Tätigkeit auszuüben. Der Hinweis darauf, daß ihm nur Deutschland und Oesterreich verschlossen sei, verliert seine Bedeutung gegenüber der Erwägung, daß dem Beklagten, der verheiratet ist, Familie besitzt und in dürftigen Verhältnissen lebt, billigerweise nicht zugemutet werden kann, sich in anderen Ländern um die Gründung einer seinen Kenntnissen entsprechenden Existenz zu bemühen. Diese Gesichtspunkte führen mit Notwendigkeit zu dem Schlusse, daß die fragliche Konkurrenzklausel den guten Sitten zuwiderläuft, daher nichtig ist.

Aus der seerechtlichen Praxis. Die Konossementsklausel, daß das Schiff berechtigt sein soll, die Güter sowohl vor Beginn als auch während der Reise nicht nur mit einem anderen Dampfer zu verladen, sondern auch „umzuladen", umfaßt die Befugnis, die Güter auszuladen und wieder einzuladen, um die Löschung anderer darunter befindlicher Güter zu ermöglichen.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 13. Mai 1907. 450. 06.

Die deutsche Ostafrikalinie hatte für den Kläger den Transport einer Ladung Zucker von Chinde (Portug. Ostafrika) nach Lissabon übernommen. Die Konossemente enthielten die Klausel:

> „Das Schiff ist berechtigt, ... die Güter sowohl vor Beginn als während der Reise mit einem anderen Dampfer zu verladen oder dieselben umzuladen."

Nachdem der Transport von Chinde bis Beira durch andere Schiffe ausgeführt worden war, übernahm in Beira der Seedampfer König die ganze Ladung. Da dieser jedoch, zur Reise um das Kap der guten Hoffnung bestimmt, noch europäische Ladung für die südlicheren Häfen Ostafrikas mit sich führte, wurde der Zucker vorläufig in verschiedenen Abteilungen des Zwischendecks verstaut. In Lorenco-Marquez wurde er sodann, um die für diesen Platz bestimmte europäische Ladung zu löschen, zeitweilig in meheren Leichtern untergebracht, von denen einzelne zu diesem Zwecke von der dortigen Boating-Co. gechartert waren. In einer stürmischen Nacht trieb einer dieser letzteren Leichter fort, wurde leck und sank. Der darauf verladene Zucker ging verloren.

Kläger machte die Ostafrikalinie für den entstandenen Schaden verantwortlich, da nach seiner Meinung diese nach den Konossementen nicht befugt gewesen sei, den Zucker, wie geschehen, in den Leichtern unterzubringen, die Beklagte berief sich dagegen auf die oben mitgeteilte Klausel.

Die erste Instanz gab der Klage statt, die zweite und dritte wiesen diese ab.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Was die Auslegung der streitigen Klausel anlangt, so steht dem Oberlandesgericht der Wortlaut zur Seite. Denn danach wird dem Verfrachter ein Doppeltes gestattet, nämlich 1) die Güter mit einem anderen Dampfer, als dem ursprünglich in Aussicht genommenen, zu verladen und zwar sowohl von vornherein, vor Beginn der Reise, wie auch im Verlaufe derselben, 2) die Güter umzuladen. Soll nun die zweite Befugnis nicht lediglich einen Teil der bereits in der ersten enthaltenen Rechte bedeuten und somit eine überflüssige und befremdende Tautologie darstellen, so muß man darin eine ganz allgemeine Umladungsbefugnis erblicken, die auch den hier in Frage stehenden Fall einschließt, daß die Güter mit demselben Dampfer weiter befördert werden sollen, indessen, um die Löschung darunter befindlicher Güter auf der Reise zu ermöglichen „umgeladen" d. h. ausgeladen und wieder eingeladen werden müssen. Daß auch eine derartige Manipulation durch das Wort „umladen" gedeckt wird, unterliegt sprachlich keinem Bedenken. Das OLG. stellt aber ferner unter Erörterung tatsächlicher Verhältnisse und Würdigung der Zeugenaussage fest, daß zeitweilige Unterbringungen von Gütern in Leichtern, wenn darunter befindliche Güter in einem früheren Hafen gelöscht werden müssen, im afrikanischen Küstenverkehr häufig vorkommen und nicht zu vermeiden sind. Danach entspricht die Klausel in der ihr vom OLG. zuerkannten Bedeutung durchaus dem Verkehrsbedürfnisse, und es kann keine Rede davon sein, daß das OLG. durch seine dem Wortlaute entsprechende Auslegung den § 157 des BGB. verletzt hat. Gleichgültig ist es, ob die Güter in der Regel mit Küstendampfern nach den Hauptplätzen, wie Lorenco-Marquez oder Durban gebracht zu werden pflegen, um von hier aus erst in die Seedampfer übernommen zu werden. Beklagte hatte nach den Konossementen das gute Recht, die ihr in dem Dampfer König für die Strecke von Beira nach Lorenco-Marquez zur Verfügung stehende Schiffsräume auszunutzen, und war nicht verpflichtet, sich hierfür eines Küstendampfers zu bedienen.

* * *

Die Wertsverminderung von Aktien ist keine Verschlechterung der Sache im Sinne des § 848 BGB. Wer Aktien durch Betrug erworben hat, haftet daher dem Veräußerer für den Schaden, der diesem durch den in der Zeit bis zur Rückgabe der Aktien eingetretenen Wertsverlust derselben erwachsen ist, nicht auf Grund des § 848 sondern der §§ 823 Abs. 2, 826 BGB.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 6. Febr. 1907. 311. 0.6

Der Kläger war am Ende 1900 von dem Beklagten durch arglistige Täuschung dazu bestimmt worden, mehrere ihm gehörige Aktien gegen eine von dem Beklagten hergegebene Aktie einer anderer Gesellschaft zu vertauschen. Unter dem 13. Dez. 1901 erhob er Klage und erwirkte am 17. Jan. 1903 eine den Beklagten zur Rückgabe der vertauschten Aktien verurteilende Entscheidung, auf Grund deren er am 5. März 1903 seine Aktien durch Zwangsvollstreckung wieder erlangte. Diese waren inzwischen durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der betr. Aktiengesellschaft wertlos geworden. Der Kläger begehrte daher in einem zweiten Prozeß Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Betrages, den er (der Kläger) durch einen zur Zeit des Abschlusses des Tausch-

geschäftes zu ihrem damaligen Kurs vorgenommenen Verkauf der Aktien erlöst haben würde. Der erste Richter wies die Klage ab, weil jeder Schadensersatzanspruch des Klägers durch die rechtskräftige Entscheidung des Vorprozesses erledigt sei. Der Berufungsrichter erklärte den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das RG. hob auf und verwies zurück.

Gründe des Revisionsurteils.

Rechtsirrig ist zunächst die prinzipale auf § 848 BGB. gestützte Begründung des Klageanspruches. Es wird angenommen, daß Beklagter dem Kläger den Besitz von drei Aktien im Dezember 1900 durch Betrug entzogen habe und ihm deswegen gemäß der erwähnten Bestimmung für die in der Zeit zwischen Besitzentziehung und Rückgabe eingetretene Wertverminderung einzustehen habe. Wenn auch sonst keine Bedenken gegen diese Begründung vorlägen, — was dahingestellt bleibt, — so würde sie doch aus dem Grunde versagen, weil in der Wertverminderung der Aktien keine „Verschlechterung der Sache" im Sinne des § 848 BGB. erblickt werden kann. Diese Wertverminderung betrifft nämlich nicht die Aktie in ihrer Eigenschaft als Sache, mit anderen Worten die Aktienurkunde, sondern nur das darin beurkundete Recht. Nur dessen Wert wurde durch den Niedergang des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens beeinflußt, während der Wert des Papiers als solchen dadurch nicht berührt wurde. Die Tatsache, daß insofern ein naher rechtlicher Zusammenhang zwischen Aktienrecht und Aktienurkunde besteht, als dem Eigentümer des Papiers grundsätzlich auch das Aktienrecht zusteht (s. die Entsch. dieses Senats vom 18. 6. 06 in Holdheims MSchr. 305), kann nicht dazu führen, beide zu identifizieren und mit einer Wertverminderung des Rechtes eine Verschlechterung der Aktie als einer (körperlichen) Sache für gegeben zu erachten. Sachen im Sinne des BGB. sind aber nur köperliche Gegenstände, nicht Rechte. (BGB. § 90).

Versagt hiernach aber die prinzipale Begründung der angefochtenen Entscheidung, so kann diese nicht etwa schon dann aufrecht erhalten werden, wenn die eventuelle Begründung zutreffen sollte. Denn letztere betrifft in Wahrheit einen ganz anderen Anspruch. Es handelt sich dabei um den Verzugsschaden, der dadurch entstanden sein soll, daß Beklager dem mit der Klageerhebung vom 13. 12. 1901 geltend gemachten, durch das rechtskäftige Versäumnisurteil vom 17. 1. 03 zuerkannten Anspruchs erst am 5. 3. 03 nachgekommen ist.

Andrerseits, ist der prinzipale Anspruch nicht zur Abweisung reif. Vielmehr kaun er sehr wohl nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. begründet sein. Nach den Behauptungen des Klägers würde der Beklagte sich ihm gegenüber im Dezember 1900 eines strafbaren Betruges schuldig gemacht haben, mindestens aber würde er ihm in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt haben. Dadurch daß Kläger sich in dem Vorprozeß auf dies Verhalten des Beklagten berufen hat, um die Rückgabe der in Tausch gegebenen Aktien zu erlangen, wird die Geltendmachung eines weiteren auf derselben Ursache beruhenden Schadens nicht ausgeschlossen. Da es sich um einen anderen Anspruch handelt, ist die Einrede der rechtskäftig entschiedenen Sache nicht begründet, ebensowenig aber kann daraus, daß dieser neue Anspruch nicht schon im Vorprozesse miterhoben ist, auf einen Verzicht des Klägers geschlossen werden. Im gegenwärtigen Prozesse ist aber keine tatsächliche Feststellung über die Grundlagen dieses neuen Anspruches getroffen. Selbstverständlich sind die tatsächlichen Feststellungen des Vorprozesses für den gegenwärtigen Prozeß nicht maßgebend. Festgestellt ist dort nur mit Rechtskraftwirkung, daß dem Kläger ein Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Rückgabe der drei Aktien gegen den Beklagten zusteht. Dies ist aber nicht die rechtliche Voraussetzung des jetzt erhobenen Anspruches, vielmehr bestehen beide Ansprüche neben einander und haben nur gewisse — nicht sämtliche — tatsächliche Voraussetzungen miteinander gemein. (Vgl. RG.-Entsch. 49, 36; 50, 416). Daraus folgt, daß die Vorentscheidung für den gegenwärtigen Rechtsstreit unmaßgeblich ist. Ob der eventuelle Anspruch begründet sein würde, ist zur Zeit nicht zu entscheiden, da auch die Vorinstanz in Wahrheit darüber noch nicht entschieden hat. Durch die Feststellung des prinzipalen Anspruches ist keineswegs auch der eventuelle Anspruch mitfestgestellt.

* * *

Wenn Jemand, der eine Erfindung gemacht haben will, sich, bevor sie patentiert ist, zu deren Ausbeutung mit Geldgebern gesellschaftlich vereinigt, so ist, wenn nicht das Gegenteil erhellt, als die Vertragsmeinung anzusehen, daß das Risiko bezüglich des wirklichen Vorhandenseins einer Erfindung von den Geldgebern übernommen werden soll. Der Vertrag wird auf die Gefahr hin geschlossen, daß überhaupt keine oder doch keine praktisch verwertbare Erfindung vorliegt. Es handelt sich also um ein gewagtes Geschäft.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 13. März 1907. 349. 06.

Ebenso schon Urt. vom 6. Okt. 1900. 196. 00.

* * *

Sog. revolvierender (d. h. bei Deckung sich jeweilig erneuernder) Akzept-Kredit. Kann in solchen Fällen der Kreditgeber von der ihm vorbehaltenen Rücktrittsbefugnis in dem Zeitraum zwischen Ziehung einer neuen Tratte und deren Akzeptation mit der Wirkung Gebrauch machen, daß er die Akzeptation ablehnen darf? Kann er dies dann tun, wenn innerhalb dieses Zeitraums eine Vermögensverschlechterung des Kreditnehmers eintritt?

Urt. des RG. V. ZivSen. vom 16. Febr. 1907. 293. 06.

Eine Hamburger Bankfirma hatte 1904 einer Firma in Natal einen sog. revolvierenden Akzept-Kredit in bestimmter Höhe bis auf Widerruf eröffnet. (Die betr. Erklärung lautete: This credit to be used until further notice from our part as revolving credit i. e. after having covered a draft at maturity you are entitled to draw again for a corresponding amount). Am 29. September 1905 vereinbarte ein Vertreter der Kreditnehmerin, die in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, mit der Kreditgeberin eine Stundung der Deckungsverbindlichkeit, wenn bis Ende 1905 die Erfüllung einer gewissen Bedingung eintreten sollte. Die Kreditnehmerin remittierte rechtzeitig den Betrag einer am 17. Okt. 1905 fälligen Tratte und zog am 16. Okt. 1905 eine neue Tratte über denselben Betrag, den die Klägerin ihr diskontierte. Durch Telegramm v. 23. Okt. 1905 kündigte jedoch die Kreditgeberin den Kredit und lehnte die Aktzeptation der ihr am 13. Nov. präsentierten Tratte ab. Einige Tage danach kam zwischen der Kreditnehmerin und ihren anderen Gläubigern ein Akkord zu 33⅓% zustande. Die Kreditnehmerin trat ihren angeblichen Anspruch aus dem Kreditvertrage auf Akzeptierung der Tratte vom 16. Okt. 1905 und ev. auf Rückzahlung der nur zwecks Prolongation geleisteten Rimesse für die am 17. Okt. 1905 fällig gewesene akzeptierte Tratte an die Klägerin ab und diese erhob darauf gegen die Kreditgeberin Klage mit dem prinzipalen Antrage sie zu verurteilen, die Tratte vom 16. Okt. 1905 zu akzeptieren. Die I. Instanz entsprach diesem Antrage, die II. Instanz wies die Klage ab, die III. Instanz stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her.

Gründe des Revisionsurteils.

Das Reichsgericht konnte der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz nicht beitreten, erachtet vielmehr die Entscheidung des Landgerichts für gerechtfertigt. Was zunächst die Auslegung des Grundvertrages von 1904 betrifft, so ist mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß Beklagte jedenfalls unter normalen Umständen von der ihr vorbehaltenen Rücktrittsbefugnis in dem Zeitraume zwischen Ziehung einer Tratte und Akzeptation derselben nicht mit der Wirkung Gebrauch machen konnte, daß sie sich dieser Akzeptation entzog. War einmal eine neue Tratte vor Ausübung des Kündigungsrechtes gezogen, so mußte sie auch von der Beklagten akzeptiert werden. Dies folgt notwendig aus dem Zwecke des Vertrages, der darin bestand, der Kreditnehmerin mittels des zugesagten Akzeptkredites für einen längeren Zeitraum Geldmittel zu verschaffen. Da Beklagte die Geldmittel nicht selbst hergeben, sondern der Kreditnehmerin nur in Gestalt der in der Akzeptzusage liegenden Sicherheit ein Mittel gewähren wollte, sie sich anderweitig zu verschaffen, so mußte das Mittel, um die gewollte Wirkung zu erzeugen, auch effektiv sein, d. h. die Kreditnehmerin mußte in der Lage sein, sich dem Käufer der Tratte gegenüber auf die Akzeptzusage als eine wirkliche Sicherheit zu berufen. Offenbar war sie dies aber nur, wenn sie eingehalten werden mußte und für den gegebenen Fall nicht durch Ausübung eines Kündigungsrechtes illusorisch gemacht werden konnte. War Beklagte berechtigt, das Vertragsverhältnis jederzeit mit sofortiger Wirkung zu lösen, so fehlte es für den Käufer der Tratte und eigentlichen Geldgeber an jeder Sicherheit neben der Verpflichtung der Ausstellerin selbst, und es konnte dann die Kreditzusage für die Kreditnehmerin keinen ersichtlichen Nutzen haben. Daher ist der Vertrag so aufzufassen, daß eine Kündigung zwar jederzeit ausgesprochen werden konnte, daß sie jedoch, wenn nach vertragsmäßiger Ziehung einer neuen Tratte ausgesprochen, das Vertragsverhältnis erst zu Verfall derselben löste, so daß Beklagte insbesondere noch zur Akzeptierung dieser Tratte verpflichtet blieb.

Schon hieraus könnte vielleicht geschlossen werden, daß Beklagte, nachdem einmal vertragsmäßig eine Tratte auf sie gezogen und diskontiert war, ohne daß sie vorher von ihrem Kündigungsrechte Gebrauch gemacht hatte, die Akzeptierung dieser Tratte auch dann nicht verweigern konnte, wenn die Kreditnehmerin inzwischen in Vermögensverfall geraten war. Es ist zwar in Anwendung der in § 846 HGB. und § 157 BGB. ausgesprochenen Grundsätze mit dem ROHG., Entsch. 23, 137 und dem RG., Entsch. 60, 60 durchaus anzuerkennen, daß die Kreditzusage regelmäßig unter der stillschweigenden Bedingung unveränderter Kreditwürdigkeit des anderen Teiles steht; es kommt dabei aber immer auf die Umstände des einzelnen Falles an, nach denen zu prüfen ist, ob der Kreditgeber nach Treu und Glauben an seiner Zusage festgehalten werden kann oder nicht. Im gegenwärtigen Falle spricht manches dafür, daß die Beklagte die Kreditnehmerin hat in die Lage setzen wollen, dem jedesmaligen Käufer der Tratte

die volle Sicherheit zu gewähren, die in ihrer eignen Mithaftung lag, und daß es nicht auf eine Teilung des Risikos zwischen ihr selbst und dem Käufer in der Weise abgesehen war, daß letzterer die Gefahr einer zwischen Diskontierung und Akzeptierung eintretenden Zahlungsunfähigkeit der Kreditnehmerin lief, während die Beklagte nur die Gefahr einer zwischen Aktzeptierung und Fälligkeit eintretenden Zahlungsunfähigkeit zu tragen hatte. Hätte Beklagte die Zusage zwischen Diskontierung und Akzeptierung bei eintretendem Vermögensverfall der Kreditnehmerin frei widerrufen können, so würde der Kredit für die diskontierende Bank und folgeweise auch für die Kreditnehmerin unverhältnismäßig entwertet sein, auch wäre damit eine Kompliziertheit und Unberechenbarkeit in das Vertragsverhältnis hineingetragen, der kaufmännische Kreise im allgemeinen nicht zuneigen. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob schon auf Grund dieser Auslegung des ursprünglichen Vertrages zu einer Entscheidung im Sinne der Klage zu gelangen ist, da weitere Umstände vorliegen, die nach Ansicht des Reichsgerichs diese Entscheidung ohnehin gebieten.

Das Oberlandesgericht hält es zur Anwendung der Klausel „rebus sic stantibus“ und zur Anerkennung der Berechtigung der Beklagten, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu lösen, für ausreichend, daß nach Abschließung des Grundvertrages von 1904 eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Kreditnehmerin eingetreten ist. Darin liegt aber ein Verkennen des Wesens jenes Vertrages und der Bedeutung der späteren Rechtshandlungen.

Der Grundvertrag war lediglich ein Blankettvertrag, denn es bedurfte weiterer Willensakte auf beiden Seiten, um die in Aussicht genommenen Verpflichtungen der Parteien auszulösen. Die Deckungsverbindlichkeit der Kreditnehmerin insbesondere entstand nur dann und insoweit, als sie demnächst auf die Beklagte zog. Wann und welche Beträge sie ziehen wollte, hing innerhalb der gezogenen Maximalgrenze lediglich von ihrem Willen ab. Aber auch der Wille der Beklagten blieb für die Entscheidung der Verpflichtungen maßgebend. Nur wenn sie bis zur ersten Wechselziehung nicht widerrufen hatte, entstand insoweit die Verpflichtung zur Akzeptation und Deckung. Auch im weiteren Verlauf war die Entscheidung weiterer Verpflichtungen, mit anderen Worten die Prolongation des ganzen Verhältnisses jeweilig von neuen Willensäußerungen auf beiden Seiten abhängig. Die Kreditnehmerin hatte den Willen, das Verhältnis fortzusetzen, durch Ziehung neuer Tratten, die Beklagte denselben Willen durch Nichtausübung des Kündigungsrechtes zu erklären. Auch im gegenwärtigen Falle handelt es sich nicht um die erstmalige Entscheidung der Akzept- und Deckungsverbindlichkeit, sondern um die Prolongation einer bereits bestehenden. Beklagte hatte vor dem 28. September 1905 zum vollen Betrage des bewilligten Kredites akzeptiert; die Kreditnehmerin war demnach zur Deckung der hier in Rede stehenden Tratte bei Verfall, am 17. Okt., verpflichtet. Damals war die Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Kreditnehmerin, auf welche Beklagte sich jetzt beruft, bereits eingetreten. Die Kontrahenten verhandelten über eine Stundung der Deckungsverbindlichkeit auf 3—6 Jahre, mit der Beklagte — offenbar, weil ihrer Meinung nach mehr nicht zu erreichen war, — sich unter gewissen Bedingungen einverstanden erklärte, wobei der Kreditnehmerin eine Frist, um die Bedingungen zu realisieren, bis zum 31. Dezember 1905 bewilligt wurde.

Da nun die Prolongation in dem Grundvertrage vorgesehen und in den wesentlichen Bedingungen dahin geregelt war, daß sie zustande kam, wenn die Kreditnehmerin, ohne daß Beklagte vorher gekündigt hatte, bei Verfall der alten Tratte unter Eindeckung derselben eine neue zog, so muß auch für den vorliegenden Fall in dem diesen Bedingungen entsprechenden Verhalten beider Parteien der Abschluß eines Polongationsvertrages erblickt werden. Es ist möglich, einen Vertrag in der Weise zu schließen, daß die empfangsbedürftigen Willenserklärungen vor der Perfektion mit der Beredung ausgetauscht werden, daß die Perfektion erst mit etwaigen in der Zukunft liegenden nicht empfangsbedürftigen Willensäußerungen eintreten soll. In einem solchen Falle wäre es widersinnig, bei Anwendung der Klausel, „rebus sic stantibus,“ den Zeitpunkt der ersten noch gar nicht bindenden Beredung als maßgebend für die Frage zu behandeln, ob ein Kontrahent wegen inzwischen veränderter Umstände nach Treu und Glauben an dem Vertrage festgehalten werden kann. Ist die Veränderung zu einer Zeit eingetreten, wo er noch nicht gebunden war, und hat er alsdann aus freier Entschließung die Bindung sich vollziehen lassen, so fehlt es an jedem Grunde, ihn von der Vertragserfüllung freizusprechen. So liegt die Sache hier. (Wird weiter ausgeführt).

Ist hiernach davon auszugehen, daß beide Teile nach Eintritt des Vermögensverfalles der Kreditnehmerin in voller Kenntnis der Sachlage den Prolongationswillen erklärt haben, und hatte alsdann die Kreditnehmerin zwecks Ausführung des Prolongationsabkommens die alte Tratte getilgt und die neue gezogen, so war auch Beklagte verpflichtet, das ihrige zur Ausführung des Abkommens zu tun, indem sie ein neues Akzept erteilte und dadurch die Deckungsverbindlichkeit der Gegenseite wieder herstellte. Wenn das Oberlandesgericht

meint, auch unter diesen Umständen sei Beklagte wegen des Vermögensverfalls der Gegenseite zu einer neuen Kreditgewährung nicht verpflichtet gewesen, so ist zu erwidern, daß eine neue Kreditgewährung nicht geleistet ist. Der Kredit war schon vorher gewährt, und die Tilgung der laufenden Tratte konnte nicht als endgültige Deckung, sondern nur als Vorleistung für die erwartete Neuakzeptierung aufgefaßt werden, zu welcher die Beklagte unmittelbar durch Entgegennahme der Rimesse verpflichtet wurde.

§ 321 des BGB. beruht ebenso wie die im älteren Rechte allgemeiner angewandte Klausel, „rebus sic stantibus“ auf der Erwägung, daß es unbillig ist, eine Vertragspartei an Verpflichtungen festzuhalten, die sie unter den neuen, völlig veränderten Verhältnissen keinesfalls übernommen haben würde. Diese Erwägung würde Platz greifen, wenn Beklagte bei Eintritt des Vermögensverfalles der Kreditnehmerin den Kredit noch nicht gewährt gehabt hätte. Sie versagt aber der gegebenen Sachlage gegenüber durchaus, weil Beklagte bei Eintritt der Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils die ihr obliegende Leistung bereits bewirkt hatte und sie nunmehr in der Lage war, unter voller Kenntnis der eingetretenen Verschlechterung durch Ausübung des vorbehaltenen Kündigungsrechtes das Perfektwerden der Prolongation des Kreditverhälnisses auszuschließen. Es liegt nicht im Zwecke des § 321, den Vertragsinhalt mit Rücksicht auf eine eingetretene Änderung der Verhältnisse zugunsten des einen Teils umzugestalten, wenn und soweit dieser bei dem Eintritte der Änderung über den Vertragsinhalt noch frei verfügen kann.

* * *

Genossenschaften. Art und Weise der Aufstellung der Vorschußberechnung im Konkurse der Genossenschaft.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 13. April 1907. 406. 06.

Im Konkurse einer Genossenschaft m. b. H., nach deren Statut die Haftsumme 500 Mk. für jeden Geschäftsanteil betrug, wurde die Vorschußberechnung in der Weise aufgestellt, daß von 97 Genossen, welche die Liste enthielt, 90 mit 136 Geschäftsanteilen zur Vorschußleistung herangezogen wurden und zwar jeder gemäß der Zahl der Geschäftsanteile, die er besaß, mit dem Einfachen oder Mehrfachen der Haftsumme von 500 Mk. Der Betrag der in dieser Weise erforderten Vorschußleistungen ergab im ganzen 68000 Mk., während der zu deckende Fehlbetrag sich nur auf 24520 Mk. belief. Ein Genosse, der 10 Geschäftsanteile besaß und von dem deshalb eine Vorschußleistung von 5000 Mk. erfordert wurde, focht diese Berechnung gegen den Konkursverwalter mit dem Antrage an, daß dieser eine andere Aufstellung vorzulegen habe, in der die Nachschüsse der einzelnen Genossen nach Köpfen bestimmt seien und nur die Beiträge, zu deren Leistung einzelne Genossen nachweisbar unvermögend seien, auf die übrigen verteilt würden. In I. Instanz drang er mit diesem Antrage durch, in II. und III. Instanz wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Vorschußberechnung den gesetzlichen Bestimmungen entspricht und mit Grund nicht beanstandet werden kann. Es ist bei Beurteilung der Berufung des Beklagten, die es mit Recht für begründet erachtete, von richtigen Grundsätzen ausgegangen und hat insbesondere das Vorbringen des Klägers, der Konkursverwalter habe nicht beachtet, daß nach § 105 Abs. 2 des Gesetzes die Nachschüsse von den Genossen nach Köpfen zu leisten sind, zutreffend zurückgewiesen. Einen hierauf sich beziehenden Angriff hat die Revision auch nicht erhoben. Sie macht aber geltend, es liege eine Verletzung der §§ 105 bis 108 des Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften darin, daß der Konkursverwalter ohne Rücksicht auf das vorauszusehende Unvermögen einzelner Genossen und jedenfalls ohne objektiv nachprüfbare Begründung von jedem Genossen den höchsten zulässigen Beitrag erfordert habe; sie meint der Beklagte hätte diejenigen Genossen bezeichnen müssen, deren Unvermögen voraussehbar war, und hätte unter Verteilung der dadurch entstehenden Ausfälle den Kopfteil der voraussichtlich Zahlungsfähigen berechnen sollen. Dieser Angriff der Revision ist indessen nicht begründet. Eine Berechnungsart ähnlich derjenigen, welche der Revisionskläger hier fordert, hatte allerdings, wie aus den bei Parisius & Crüger, 5. Aufl. 504 f. Anm. 7 wiedergegebenen Nachweisungen hervorgeht, der Entwurf des Gesetzes in Aussicht genommen, dieser Entwurf wurde jedoch abgelehnt und aus wohlerwogenen Gründen die Vorschußberechnung so gestaltet, wie dies jetzt durch § 106 Abs. 2 vorgeschrieben ist. Hiernach sind in der Vorschußberechnung die sämtlichen Genossen namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu vertreiben; die Höhe der Beiträge ist jedoch derart zu bemessen, daß durch ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen zur Beitragsleistung ein Ausfall an dem zu deckenden Gesamtbetrag nicht entsteht. Bei dieser Art der Vorschußberechnung, bei welcher der Gesamtbetrag der verteilten Beiträge höher zu bemessen ist, als der bilanzmäßige Fehlbetrag, ist es allerdings möglich, daß gegebenenfalls einige zahlungsfähige Genossen vom Konkursverwalter auf

die volle Haftsumme in Anspruch genommen werden und nach voller Deckung des Ausfalls im Konkurse die Konkursmasse an der Einziehung der Vorschußbeträge bei den übrigen Genossen zum Schaden derer, die gezahlt haben, kein Interesse mehr hat. Allein der Konkursverwalter ist nach § 82 KO. allen Beteiligten für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten verantwortlich und hat deshalb auch bei der Vollstreckung zum Zweck des Vollzugs der Vorschußberechnung das Interesse aller Genossen gleichmäßig zu wahren. Er steht bei seinem ganzen Verfahren gemäß § 83 KO. unter der Aufsicht des Konkursgerichts, welches gemäß § 107 Abs. 3 des Gesetzes über die gegen die Berechnung erhobenen Einwendungen entscheidet und vor der Vollstreckbarkeitserklärung auch von Amtswegen Berichtigungen der Berechnung anordnen kann. Die Möglichkeit, daß auf dem in § 106 Abs. 2 vorgeschriebenen Wege mehr erhoben werden kann, als zur Deckung des Fehlbetrages ausreicht, berechtigt nicht dazu, dem pflichtmäßigen und verantwortlichen Ermessen des Konkursverwalters Schranken zu setzen, welche das Gesetz nicht kennt.

Schiedsgerichtsordnungen.

Im Hinblick auf die Reform des Zivilprozesses verdienen die Bestrebungen der einzelnen Zweige von Handel und Industrie, Streitigkeiten von Berufsgenossen zum schiedsgerichtlichen Austrag zu bringen und den ordentlichen Rechtsweg auszuschalten, erhöhte Bedeutung. Nach den „Mitteilungen der Handelskammer zu Berlin" werden nachstehend die neu vereinbarten Schiedsgerichtsordnungen für die Textil-, Konfektions- und Wäschebranche, sowie für die Obst- und Gemüsekonservenbranche mitgeteilt.

Schiedsgerichtsordnung für die Textil-, Konfektion- und Wäschebranche.

§ 1.

Bei der Handelskammer zu Berlin wird ein ständiges Schiedsgericht zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten der Betriebe der

Textil-, Konfektion- und Wäschebranche

errichtet.

§ 2.

Für das schiedsrichterliche Verfahren haben die Bestimmungen des zehnten Buches der Zivilprozeßordnung, soweit sie nicht nachstehend abgeändert sind, Geltung.

§ 3.

Es werden für drei aufeinanderfolgende Kalenderjahre gewählt von den Fachausschüssen der Handelskammer

für die Textilindustrie 12,
für das Konfektionsgewerbe 10,
für die Wäschebranche 8,

im ganzen 30 ständige Schiedsrichter.

Die Wahlen bedürfen der Bestätigung durch die Handelskammer.

Bis zur Bestätigung der Neuwahlen bleiben die gewählten Schiedsrichter im Amt.

§ 4.

Das Schiedsgericht besteht im Einzelfalle aus drei Mitgliedern. Jeder Partei steht die Ernennung eines Mitgliedes aus der Zahl der ständigen Schiedsrichter zu. Mehrere Kläger oder Beklagte gelten als eine Partei. Der Obmann wird von dem Präsidenten der Handelskammer zu Berlin ernannt, der bei der Wahl auf die Person der ständigen Schiedsrichter nicht beschränkt ist.

Das Schiedsgericht kann sich auf Grund einstimmigen Beschlusses jederzeit durch zwei weitere Mitglieder aus der Zahl der zur Handelskammer zu Berlin Wahlberechtigten verstärken.

§ 5.

Die Entscheidungen erfolgen nach Stimmenmehrheit.

§ 6.

Das Schiedsgericht ist in jedem Stadium des Verfahrens berechtigt, die Fällung eines Schiedsspruches abzulehnen.

§ 7.

Das Schiedsgericht ist zuständig, wenn es von den streitenden Parteien angerufen wird oder in Verträgen oder Schlußscheinen vereinbart ist, daß die Entscheidung von Streitigkeiten durch das Schiedsgericht erfolgen solle.

Das Schiedsgericht entscheidet selbst über die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens.

§ 8.

Die betreibende Partei hat die Klage mit je einer Abschrift für jeden Beklagten der Handelskammer einzureichen.

Mit der Klage hat die betreibende Partei einen Schiedsrichter aus der Zahl der ständigen Schiedsrichter zu bezeichnen.

* * *

Geschäftsbedingungen der Obst- und Gemüsekonservenbranche im Inlandsverkehr. (Auszug).

§ 1. **Geltungsbereich.**

Die nachfolgenden Geschäftsbedingungen gelten für den Inlandsverkehr in der Obst- und Gemüsekonservenbranche als vereinbart, sofern auf sie beim Geschäftsschluß Bezug genommen ist.

§ 10. **Schiedsgericht.**

Streitigkeiten aus Geschäften, die auf Grund dieser Bedingungen abgeschlossen sind und den Mißerntevorbehalt, die Ordnungsmäßigkeit der Qualität und der Füllung oder die Mängelrüge betreffen, unterliegen auf Verlangen auch nur eines der Vertragsschließenden richterlicher Entscheidung nach Maßgabe der diesen Bedingungen anliegenden Schiedsgerichtsordnung.

Sind beide Vertragsschließende Fabrikanten, so ist der Sitz des Schiedsgerichts bei Streitigkeiten aus Verträgen über Gemüsekonserven Braunschweig, über Früchtekonserven Mainz.

Wird der ordentliche Rechtsweg beschritten, so kann der Beklagte den Einwand des Schiedsvertrages nicht erheben, wenn er es unterlassen hat, innerhalb 3 Tagen nach erfolgter Klageandrohung schiedsrichterlicher Entscheidung nach Maßgabe anliegender Schiedsgerichtsordnung zu verlangen.

Alle übrigen Streitigkeiten aus Geschäften im Konservenhandel unterliegen der schiedsrichterlichen Entscheidung nach Maßgabe anliegender Schiedsgerichtsordnung nur dann, wenn die Parteien dies bei Abschluß des Geschäfts oder später besonders vereinbart haben.

§ 11. Schiedsgutachter.

Es steht den Parteien frei, zu vereinbaren, daß das Schiedsgericht nicht den ganzen Streitfall, sondern nur diejenigen Streitpunkte, die durch tatsächliche Feststellungen zu erledigen sind (Mißerntevorbehalt, die Ordnungsmäßigkeit der Qualität und der Füllung oder die Mängelriege), endgültig entscheidet. Soll das Schiedsgericht in dieser Weise als Schiedsgutachterinstanz tätig werden, so finden hinsichtlich der Zusammensetzung und des Verfahrens die Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung entsprechende Anwendung.

Die Entscheidung der Schiedsgutachter soll in der Regel auf Grund der von dem Obmann anzuordnenden Erhebungen erfolgen und rechtsverbindlich sein, auch wenn sie nur mit einer Zweidrittelmehrheit gefaßt ist.

* * *

Schiedsgerichtsordnung.

§ 1.

Das Schiedsgericht für die Konservenbranche entscheidet in einer Besetzung von drei Personen, die eine angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten. Es trifft nach Maßgabe des § 1037 ZPO. selbst die Entsch. über die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens und ist in jedem Stadium desselben berechtigt, die Fällung des Schiedsspruches abzulehnen.

§ 2.

Einen Schiedsrichter hat die das schiedsrichterliche Verfahren betreibende Partei, den anderen der Gegner zu ernennen. Die ernannten Schiedsrichter wählen einen Obmann. Der Obmann soll die Befähigung zum Richteramt haben. Handelt es sich um einen Rechtsstreit zwischen Fabrikanten und Händlern, so soll der Fabrikant einen Fabrikanten, der Händler einen Händler ernennen.

§ 3.

Die das schiedsrichterliche Verfahren betreibende Partei hat dem Gegner unter Überreichung von zwei Klageschriften den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchentlichen Frist seinerseits ein gleiches zu tun. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von der Handelskammer ernannt, in deren Bezirk der Säumige seine Geschäftsniederlassung (Hauptniederlassung) hat. Kann eine Einigung über die Wahl des Obmanns binnen einer Woche nicht erzielt werden, so ernennt diesen auf Antrag der betreibenden Partei die Handelskammer des Erfüllungsortes des streitigen Rechtsverhältnisses. Ist zwischen den von den Parteien ernannten Schiedsrichtern streitig, welcher Ort als Erfüllungsort zu gelten hat, so ist der Obmann von der Handelskammer zu ernennen, in deren Bezirk der Beklagte seine Geschäftsniederlassung (Hauptniederlassung) hat.

Die in diesem wie in den folgenden Paragraphen den Handelskammern zugewiesenen Befugnisse stehen allen amtlichen Handelsvertretungen zu.

§ 4.

Fällt aus irgend einem Grunde einer der beiden Schiedsrichter fort, so hat auf Aufforderung des Gegners die Partei, die den Schiedsrichter ernannt hat, innerhalb einer Woche einen neuen zu ernennen. Versäumt die das Verfahren betreibende Partei diese Frist, so gilt die Klage als zurückgenommen; versäumt sie der Gegner, so geht das Ernennungsrecht auf die Handelskammer, in deren Bezirk seine Geschäftsniederlassung liegt, über. Fällt der Obmann fort, so finden für die Wahl des neuen Obmannes die Vorschriften des § 2 Anwendung.

§ 5.

Das Verfahren kann nach dem Ermessen des Gerichts ein mündliches oder schriftliches sein.

§ 6.

Ist das Verfahren ein schriftliches, so richtet der Obmann an den Beklagten die Aufforderung, binnen einer von ihm zu bestimmenden Frist die eine der ihm von der betreibenden Partei zugestellten Klageabschriften nebst einer Klagebeantwortung in zwei Abschriften einzureichen. Die eine der Klagebeantwortungen erhält der Kläger mit einer von dem Obmann zu bestimmenden Frist zur Beantwortung. Wird eine der Fristen versäumt, so gilt die Erklärung als verweigert. Die Schriftsätze der Parteien werden dem Gegner mit einer von dem Obmann zu bestimmenten Frist zur Beantwortung so lange zugestellt, bis der Obmann den Sachverhalt für genügend aufgeklärt erachtet. Der Obmann beendet den Schriftwechsel durch Mitteilung an die Parteien und überreicht das gesamte Aktenmaterial den beiden Beisitzern nacheinander mit der Aufforderung, eine mit schriftlichen Gründen versehene Entscheidung zu fällen.

§ 7.

Der Obmann kann bei Versendung der Akten an die Schiedsrichter sich zur Sache gutachtlich äußern und hat die Reihenfolge, in welcher die Akten versandt werden, nach freiem Ermessen zu bestimmen.

§ 8.

Der erste Schiedsrichter hat die Akten nebst der von ihm gefällten Entscheidung unmittelbar an den zweiten Schiedsrichter zu senden. Dieser hat schriftlich zu erklären, inwieweit er der Entscheidung und den Gründen beitritt und inwieweit er abzuweichen gedenkt.

§ 9.

Tritt er der Entscheidung in allen Punkten bei, so hat er die Akten dem Obmann wieder zuzustellen, welcher entweder auf Grund der übereinstimmenden Äußerungen das Urteil fällt oder seine Bedenken den Schiedsrichtern mitteilt.

§ 10.

Weicht der zweite Schiedsrichter von der Entscheidung oder den Gründen des ersten Schiedsrichters ab, so übersendet er die Akten mit seiner abweichenden Äußerung dem ersten Schiedsrichter zur Rückäußerung. Dieser gibt die Akten sodann mit seiner Rückäußerung an den Obmann zurück.

§ 11.

Die in den Äußerungen der beiden Schiedsrichter niedergelegten Abweichungen hat der Obmann zusammenzustellen und über sie seine schriftliche Abstimmung ohne Gründe herbeizuführen, bis eine Zweidrittel-Mehrheit vorhanden ist.

§ 12.

Kann der Obmann der Entscheidung und den Gründen einer der beiden Schiedsrichter sofort beitreten, so fällt er die endgültige Entscheidung und versieht sie mit Gründen.

§ 13.

Insoweit die Entscheidung oder die Gründe des Obmanns von der Entscheidung oder den Gründen auch nur eines der beiden Schiedsrichter abweichen, hat er über die Abweichung eine schriftliche Abstimmung der Schiedsrichter herbeizuführen.

§ 14.

Kann auf diesem Wege eine Entscheidung nicht erzielt werden, so hat der Obmann einen Termin zu bestimmen und Ort und Zeit der Verhandlung, unter tunlichster Berücksichtigung des Interesses beider Parteien, anzusetzen.

§ 15.

Vergleiche sind von den Parteien zu unterschreiben,

Schiedssprüche sind von den Schiedsrichtern mit Angabe des Tages der Abfassung zu unterzeichnen und in einer von den Schiedsrichtern gleichzeitig unterschriebenen Ausfertigung auf der Gerichtsschreiberei des gemäß § 18 zuständigen Amtsgerichts oder Landgerichts niederzulegen.

Schiedssprüche sollen eine Entscheidung darüber enthalten, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Die Kosten können beiden Parteien anteilig auferlegt werden.

§ 16.

Als Kosten werden neben einer der Handelskammer Braunschweig für Veröffentlichungen zu zahlenden Gebühr (§ 19) von 4 Mk. pro Druckseite ihrer „Monatsschrift für Handel und Industrie" die den Schiedsrichtern zu zahlende Vergütung (§ 1), Schreibgebühren, Porti und andere bare Auslagen berechnet. Der Obmann soll von der betreibenden Partei einen angemessenen Vorschuß zur Deckung der Kosten verlangen.

§ 17.

Gegen die die Schätzung des Wertes des Streitgegenstandes und die Berechnung der Kosten des Verfahrens betreffenden Festsetzungen des Schiedsgerichts ist das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig. Ueber diese entscheidet vor Erlaß des Schiedsspruchs die Handelskammer, in deren Bezirk die das schiedsrichterliche Verfahren betreibende Partei, nach Erlaß des Schiedsspruches die Handelskammer, in deren Bezirk der Unterlegene seine Handelsniederlassung hat.

§ 18.

Soweit nicht in dieser Schiedsgerichtsordnung anders bestimmt ist, gelten für das Verfahren die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das schiedsrichterliche Verfahren (§§ 1025 bis 1048) und für die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes §§ 3 bis 9 der ZPO.

Als zuständiges Gericht im Sinne der §§ 1025 bis 1048 gelten das Amtsgericht und das Landgericht des Erfüllungsortes des streitigen Rechtsverhältnisses. Liegt der Erfüllungsort im Bezirke der drei Berliner Landgerichte, so gelten das Amtsgericht Berlin-Mitte und das Landgericht I Berlin als zuständig.

§ 19.

Eine Abschrift des niedergelegten Schiedsspruches hat der Obmann der Handelskammer für das Herzogtum Braunschweig zu übersenden. Diese ist verpflichtet, sofern Fragen von grundsätzlicher Bedeutung entschieden worden sind, für ganze oder teilweise Veröffentlichung des Schiedsspruches Sorge zu tragen. Bei den Veröffentlichungen dürfen weder die Parteien noch die Schiedsrichter namentlich bezeichnet werden.

Literatur.

Leonhard (Franz). **Erfüllungsort und Schuldort.** Berlin. Vahlen 1907, geh. 5 M. gr. 8, VI u. 216 S.

Eine ausgezeichnete gründliche Monographie über die, besonders handelsrechtlich wichtige Materie über den Leistungsort (§§ 269, 270 BGB.). Die Schrift ist methodisch auch bedeutsam dadurch, daß die Untersuchung nicht bloß theoretisch und dogmengeschichtlich die verworrene Lehre durchleuchtet, sondern dieselbe auf eine enquête aufbaut, die der Verfasser bei den Handelsgremien der angesehensten Handelsplätze Deutschlands veranstaltet hat. Die ihm, auch von großen Spezialfirmen, zugegangenen Antworten auf die Umfrage werden eingehend verwertet zur Begründung der vom Verfasser mit scharfem Blick für das Fehlsame der herrschenden Lehre und die Bedürfnisse des Rechtslebens, aufgestellten neuen Theorie und sind jene auch (S. 184—211) in extenso zum Ausdruck gebracht, als interessantes Material, für Erkenntnis der Auffassung, die im Handel von der Bedeutung der vertraglichen Abrede über den „Erfüllungsort" bei Handelsgeschäften besteht und deren Widerspruch gegen Theorie und Rechtsprechung.

Front machend gegen die weltfremde Ansicht des Reichsgerichts, daß die Vereinbarung eines bestimmten Orts als „Erfüllungsort" unwirksam sei, wenn nach der Natur der ausbedungenen Leistung diese an jenem Ort nicht ausführbar, legt Verf. in Durchmusterung aller obligatorischen Leistungspflichten den Ursprung jener fehlsamen Theorie klar, mit dem durch die Umfrage erhärteten Nachweis, daß lediglich die falsche Vorstellung über den Begriff „Erfüllungs- und Leistungsort" und deren Verquickung jene Ansicht hervorgerufen. Schon der § 270 BGB. allein genügt für den Nachweis, daß beide Begriffe sich nicht decken; ebenso ist § 433 BGB. für alle Austauschverträge beweisend, daß der Ort der effektiven Leistung (als schuldbefreiender Vorgang) nicht mit dem Schuldort der Obligation identisch ist. Dieser Nachweis und der grundsätzliche Protest gegen die Auffassung, daß der Schuldort überhaupt die rechtliche Wirkung hat, daß dort tatsächlich zu erfüllen sei, daß die Bedeutung desselben vielmehr lediglich in der Gerichtszuständigkeit und der Frage nach dem für das Rechtsverhältnis maßgebenden Recht gipfelt, bildet den Inhalt des I. Teils der Schrift (S. 1—20). Damit ist der bisher herrschenden Lehre der Boden entzogen. Wichtige Schlaglichter enthält dieser Teil auch auf all die Verworrenheiten, die bislang über die Gefahrstragung und die Absendungspflicht des Verkäufers in ihrer Bedeutung für den Erfüllungsort unangefochten bestanden.

Auf dem so vorbereiteten Boden wird unter Trennung des Begriffs „Schuldort" von dem „Erfüllungsort" untersucht, wohin der Schuldort, als der für das Schuldverhältnis in seinen Wirkungen wichtige Ort, der von Savigny sog. Sitz der Obligation, zu verlegen sei. Dies wird im Kapitel 2 (Seite 121 ff.) dargelegt mit dem Ergebnis, daß, soweit nicht Parteiabreden Platz greifen, die in dieser Beziehung aber keinerlei zwingender Vorschrift unterliegen (S. 122), unter Ausschaltung zu-

nächst des Vollzugsortes als maßgeblichen, unter Verbannung ferner jedes absolut ausschließenden Moments, nach einer gewissen Rangordnung (S. 141) die dem konkreten Rechtsverhältnisse wesentlichen Anknüpfspunkt für den Schuldort zu suchen seien. Danach bestimmt sich auch das anzuwendende Grenzrecht. Diese Lehre wird in Anwendung auf die einzelnen Rechtsverhältnisse (S. 142—156) demonstriert und im dritten Teil die Wirkung des Schuldorts für Grenzrecht, Auslegung, Gerichtsstand, Gesetze und Kosten entwickelt. Von dem Ergebnis der Untersuchung (S. 177—182) versprechen wir uns eine neue Epoche in der künftigen Behandlung der Lehre im Dienste der Klärung auch der handelsrechtlichen Vertragsschlüsse und deren Beurteilung Seitens der Gerichte, sofern nur, was wir herzlich wünschen, nicht allein die berufsmäßigen Leser juristischer Abhandlungen, sondern auch Richter und Anwälte, nicht minder aber auch Kaufleute dieser außerordentlich klar und verständlich geschriebenen Monographie die gebührliche Teilnahme entgegenbrächten. Handelt es sich doch darin um eines der praktisch wichtigen Probleme, besonders für alle Handelsgeschäfte nach fremden Ländern.

Diesen festen Boden gegeben zu haben, würde allein ausreichen, dem Verfasser für seine mühereiche, fleißige Arbeit Dank zu wissen.

Berlin. Landgerichtsrat Dr. Marcus.

* * *

(Eingänge.)

Abgrenzung der Handels- und der Handwerks- (Gewerbe) Kammer-Organisation oder Fabrik und Handwerk. Denkschrift für die Beratung des Deutschen Handelstags, herausgegeben von der Handelskammer Leipzig.

Altenrath, Dr. Johannes, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs. Berlin, Carl Heymanns Verlag.

Buff, Dr. Siegfried, Der gegenwärtige Stand und die Zukunft des Scheckverkehrs in Deutschland. München, Ernst Reinhardt.

Epstein Jakob H., Zur Verteidigung der Wertzuwachssteuer. Berlin, Buchhandlung Bodenreform. Preis 80 Pfennig.

Hörle, Georg, Die Stellung der Ehefrau im Betriebe eines Erwerbsgeschäftes. Leipzig, A. Deipert Nachf. Preis 3 Mk.

Kuhlenbeck, Ludwig, Das Recht der Selbsthülfe. Langensalza, Julius Beltz.

Obst, Dr. Georg, Geld-, Bank- und Börsenwesen. 4. Aufl. Leipzig, C. J. Pöschel.

Seuckpiel, Richard, Das Speditionsgeschäft. Hannover, Helwing'sche Verlagsbuchhandlung. Preis Mk. 9.

Stranz, Justizrat Dr. J. und Stranz, Dr. M., Staub's Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung. 5. Aufl. Berlin, J. Guttentag.

Thorwart, F., Die Bedeutung des Scheckverkehrs. (Mitteilungen der Handelskammer zu Frankfurt a. M April 1907).

— Die Technik des Hamburger Ueberweisungsverkehrs. (Daselbst Juni 1907).

Kleine Mitteilungen.

(Versteuerung von Aktienschlußscheinen.) Nach einem Berichte des Berl. Tageblatts hat das Landgericht I Berlin zur Frage der Versteuerung von Aktienschlußscheinen nachstehende Entscheidung erlassen.

Im Dezember 1905 hatte eine Berliner Aktiengesellschaft ihr Gesellschaftskapital erhöht. Die jungen Aktien wurden von einem Bankkonsortium übernommen, zu welchem auch die Klägerin gehörte, und zwar zum Kurse von 194¼ pCt., ebenso hoch war der Kurs, zu welchem das Konsortium die Aktien dem Publikum beziehungsweise den Aktionären anbot. Die über das Ankaufsgeschäft zwischen Konsortium und Abnehmern ausgestellten Schlußscheine versteuerte die Klägerin mit 25 pCt. des Nominalbetrages, die sofort einzuzahlen waren, sowie mit dem vollen Betrage des gleichfalls sofort zu zahlenden Agios von 94¼ pCt. Die Klägerin stützte sich bei dieser Art der Versteuerung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. September 1896 (abgedruckt im Zentralblatt der Abgabengesetzgebung und Verwaltung von 1897 Seite 296), in welcher ausgeführt ist, daß bei solchen Kaufgeschäften der Wert des zu bestimmenden Gegenstandes in dem Geldbetrage bestehe, den der Käufer an den Verkäufer zu zahlen habe, und daß die Verpflichtung des Käufers, auf Erfordern die rückständige Einzahlung zur Gesellschaftskasse zu leisten, nur als eine rechtliche Folge des Anteils am Gesellschaftsvermögen, den der Käufer durch den Erwerb der Aktie erlangt habe, nicht als ausbedungene Leistung sich darstelle. — Bei der im Januar dieses Jahres bei der Klägerin abgehaltenen Stempelrevision zog der Stempelfiskus gegen die oben dargelegte Art der Versteuerung Erinnerung und verlangte Versteuerung auch der nicht eingezahlten 75 pCt. Der Fiskus vertrat hierbei den Standpunkt, daß jener Reichsgerichtsentscheidung der wesentlich andere Fall zugrunde gelegen habe, daß der Termin, bis zu welchem die Vollzahlung der Aktien erfolgen sollte, von vornherein nicht feststand vielmehr die Vollzahlung der Aktien nur „auf Erfordern" vorgesehen war. Im vorliegenden Falle sei aber ein Termin bestimmt, bis zu welchem die Vollzahlung erfolgen müsse Um eine Grundlage für eine prinzipielle richterliche Entscheidung zu gewinnen, zog auf Ersuchen der Klägerin der Fiskus eine konkrete Stempelerinnerung, indem er aus den Verkäufern der jungen Aktien einen Einzelfall herausgriff und den Fehlbetrag nachforderte. Diesen Betrag zahlte die Klägerin unter Vorbehalt der Rückforderung und machte mit der Klage die Rückforderung geltend. Das Landgericht hat den Beklagten zur Rückzahlung verurteilt. In den Entscheidungsgründen heißt es.: Nach Nr. 4 a des Tarifes zum Stempelsteuergesetz vom 3. 6. 06 ist beim Verkauf von Aktien der Wert des Gegenstandes des Geschäftes, wie in dem vereinbarten Kaufpreise oder in dem mittleren Börsen- und Marktpreise am Tage des Abschlusses zum Ausdruck gelangt, für die Höhe des zu entrichtenden Stempels maßgebend. Bei dem hier in Rede stehenden Veräußerungsgeschäft zwischen der Klägerin und ihren Abnehmern war der Kaufpreis mit 25 pCt. des Nominalbetrages der Aktien und einem Agio von 94¼ pCt. festgesetzt. Die daneben bestehende Verpflichtung des Käufers, an dem bestimmten Termine die noch nicht eingezahlten 75 pCt. an die Aktiengesellschaft zu leisten, hat der Käufer aber nicht als Rechtsfolge des Kaufvertrages, sondern als Inhaber der Aktie auf Grund des hierdurch vermittelten Gesellschaftsvertrages zu tragen. Sie kann also nicht als Teil des Kaufpreises angesehen werden. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Zahlung des rückständigen Betrages nur auf Erfordern oder an einem festgesetzten Termine zu bewirken ist.

geschäftes zu ihrem damaligen Kurs vorgenommenen Verkauf der Aktien erlöst haben würde. Der erste Richter wies die Klage ab, weil jeder Schadensersatzanspruch des Klägers durch die rechtskräftige Entscheidung des Vorprozesses erledigt sei. Der Berufungsrichter erklärte den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das RG. hob auf und verwies zurück.

Gründe des Revisionsurteils.

Rechtsirrig ist zunächst die prinzipale auf § 848 BGB. gestützte Begründung des Klageanspruches. Es wird angenommen, daß Beklagter dem Kläger den Besitz von drei Aktien im Dezember 1900 durch Betrug entzogen habe und ihm deswegen gemäß der erwähnten Bestimmung für die in der Zeit zwischen Besitzentziehung und Rückgabe eingetretene Wertverminderung einzustehen habe. Wenn auch sonst keine Bedenken gegen diese Begründung vorlägen, — was dahingestellt bleibt, — so würde sie doch aus dem Grunde versagen, weil in der Wertverminderung der Aktien keine „Verschlechterung der Sache" im Sinne des § 848 BGB. erblickt werden kann. Diese Wertverminderung betrifft nämlich nicht die Aktie in ihrer Eigenschaft als Sache, mit anderen Worten die Aktienurkunde, sondern nur das darin beurkundete Recht. Nur dessen Wert wurde durch den Niedergang des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens beeinflußt, während der Wert des Papiers als solchen dadurch nicht berührt wurde. Die Tatsache, daß insofern ein naher rechtlicher Zusammenhang zwischen Aktienrecht und Aktienurkunde besteht, als dem Eigentümer des Papiers grundsätzlich auch das Aktienrecht zusteht (s. die Entsch. dieses Senats vom 18. 6. 06 in Holdheims MSchr. 305), kann nicht dazu führen, beide zu identifizieren und mit einer Wertverminderung des Rechtes eine Verschlechterung der Aktie als einer (körperlichen) Sache für gegeben zu erachten. Sachen im Sinne des BGB. sind aber nur köperliche Gegenstände, nicht Rechte. (BGB. § 90).

Versagt hiernach aber die prinzipale Begründung der angefochtenen Entscheidung, so kann diese nicht etwa schon dann aufrecht erhalten werden, wenn die eventuelle Begründung zutreffen sollte. Denn letztere betrifft in Wahrheit einen ganz anderen Anspruch. Es handelt sich dabei um den Verzugsschaden, der dadurch entstanden sein soll, daß Beklager dem mit der Klageerhebung vom 13. 12. 1901 geltend gemachten, durch das rechtskräftige Versäumnisurteil vom 17. 1. 03 zuerkannten Anspruchs erst am 5. 3. 03 nachgekommen ist.

Andrerseits, ist der prinzipale Anspruch nicht zur Abweisung reif. Vielmehr kann er sehr wohl nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. begründet sein. Nach den Behauptungen des Klägers würde der Beklagte sich ihm gegenüber im Dezember 1900 eines strafbaren Betruges schuldig gemacht haben, mindestens aber würde er ihm in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt haben. Dadurch daß Kläger sich in dem Vorprozeß auf dies Verhalten des Beklagten berufen hat, um die Rückgabe der in Tausch gegebenen Aktien zu erlangen, wird die Geltendmachung eines weiteren auf derselben Ursache beruhenden Schadens nicht ausgeschlossen. Da es sich um einen anderen Anspruch handelt, ist die Einrede der rechtskäftig entschiedenen Sache nicht begründet, ebensowenig aber kann daraus, daß dieser neue Anspruch nicht schon im Vorprozesse miterhoben ist, auf einen Verzicht des Klägers geschlossen werden. Im gegenwärtigen Prozesse ist aber keine tatsächliche Feststellung über die Grundlagen dieses neuen Anspruches getroffen. Selbstverständlich sind die tatsächlichen Feststellungen des Vorprozesses für den gegenwärtigen Prozeß nicht maßgebend. Festgestellt ist dort nur mit Rechtskraftwirkung, daß dem Kläger ein Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Rückgabe der drei Aktien gegen den Beklagten zusteht. Dies ist aber nicht die rechtliche Voraussetzung des jetzt erhobenen Anspruches, vielmehr bestehen beide Ansprüche neben einander und haben nur gewisse — nicht sämtliche — tatsächliche Voraussetzungen miteinander gemein. (Vgl. RG.-Entsch. 49, 36; 50, 416). Daraus folgt, daß die Vorentscheidung für den gegenwärtigen Rechtsstreit unmaßgeblich ist. Ob der eventuelle Anspruch begründet sein würde, ist zur Zeit nicht zu entscheiden, da auch die Vorinstanz in Wahrheit darüber noch nicht entschieden hat. Durch die Feststellung des prinzipalen Anspruches ist keineswegs auch der eventuelle Anspruch mitfestgestellt.

* * *

Wenn Jemand, der eine Erfindung gemacht haben will, sich, bevor sie patentiert ist, zu deren Ausbeutung mit Geldgebern gesellschaftlich vereinigt, so ist, wenn nicht das Gegenteil erhellt, als die Vertragsmeinung anzusehen, daß das Risiko bezüglich des wirklichen Vorhandenseins einer Erfindung von den Geldgebern übernommen werden soll. Der Vertrag wird auf die Gefahr hin geschlossen, daß überhaupt keine oder doch keine praktisch verwertbare Erfindung vorliegt. Es handelt sich also um ein gewagtes Geschäft.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 13. März 1907. 349. 06.

Ebenso schon Urt. vom 6. Okt. 1900. 196. 00.

* * *

Sog. revolvierender (d. h. bei Deckung sich jeweilig erneuernder) Akzept-Kredit. Kann in solchen Fällen der Kreditgeber von der ihm vorbehaltenen Rücktrittsbefugnis in dem Zeitraum zwischen Ziehung einer neuen Tratte und deren Akzeptation mit der Wirkung Gebrauch machen, daß er die Akzeptation ablehnen darf? Kann er dies dann tun, wenn innerhalb dieses Zeitraums eine Vermögensverschlechterung des Kreditnehmers eintritt?

Urt. des RG. V. ZivSen. vom 16. Febr. 1907. 293. 06.

Eine Hamburger Bankfirma hatte 1904 einer Firma in Natal einen sog. revolvierenden Akzept-Kredit in bestimmter Höhe bis auf Widerruf eröffnet. (Die betr. Erklärung lautete: This credit to be used until further notice from our part as revolving credit i. e. after having covered a draft at maturity you are entitled to draw again for a corresponding amount). Am 29. September 1905 vereinbarte ein Vertreter der Kreditnehmerin, die in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, mit der Kreditgeberin eine Stundung der Deckungsverbindlichkeit, wenn bis Ende 1905 die Erfüllung einer gewissen Bedingung eintreten sollte. Die Kreditnehmerin remittierte rechtzeitig den Betrag einer am 17. Okt. 1905 fälligen Tratte und zog am 16. Okt. 1905 eine neue Tratte über denselben Betrag, den die Klägerin ihr diskontierte. Durch Telegramm v. 23. Okt. 1905 kündigte jedoch die Kreditgeberin den Kredit und lehnte die Aktzeptation der ihr am 13. Nov. präsentierten Tratte ab. Einige Tage danach kam zwischen der Kreditnehmerin und ihren anderen Gläubigern ein Akkord zu 33⅓% zustande. Die Kreditnehmerin trat ihren angeblichen Anspruch aus dem Kreditvertrage auf Akzeptierung der Tratte vom 16. Okt. 1905 und ev. auf Rückzahlung der nur zwecks Prolongation geleisteten Rimesse für die am 17. Okt. 1905 fällig gewesene akzeptierte Tratte an die Klägerin ab und diese erhob darauf gegen die Kreditgeberin Klage mit dem prinzipalen Antrage sie zu verurteilen, die Tratte vom 16. Okt. 1905 zu akzeptieren. Die I. Instanz entsprach diesem Antrage, die II. Instanz wies die Klage ab, die III. Instanz stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her.

Gründe des Revisionsurteils.

Das Reichsgericht konnte der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz nicht beitreten, erachtet vielmehr die Entscheidung des Landgerichts für gerechtfertigt. Was zunächst die Auslegung des Grundvertrages von 1904 betrifft, so ist mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß Beklagte jedenfalls unter normalen Umständen von der ihr vorbehaltenen Rücktrittsbefugnis in dem Zeitraume zwischen Ziehung einer Tratte und Akzeptation derselben nicht mit der Wirkung Gebrauch machen konnte, daß sie sich dieser Akzeptation entzog. War einmal eine neue Tratte vor Ausübung des Kündigungsrechtes gezogen, so mußte sie auch von der Beklagten akzeptiert werden. Dies folgt notwendig aus dem Zwecke des Vertrages, der darin bestand, der Kreditnehmerin mittels des zugesagten Akzeptkredites für einen längeren Zeitraum Geldmittel zu verschaffen. Da Beklagte die Geldmittel nicht selbst hergeben, sondern der Kreditnehmerin nur in Gestalt der in der Akzeptzusage liegenden Sicherheit ein Mittel gewähren wollte, sie sich anderweitig zu verschaffen, so mußte das Mittel, um die gewollte Wirkung zu erzeugen, auch effektiv sein, d. h. die Kreditnehmerin mußte in der Lage sein, sich dem Käufer der Tratte gegenüber auf die Akzeptzusage als eine wirkliche Sicherheit zu berufen. Offenbar war sie dies aber nur, wenn sie eingehalten werden mußte und für den gegebenen Fall nicht durch Ausübung eines Kündigungsrechtes illusorisch gemacht werden konnte. War Beklagte berechtigt, das Vertragsverhältnis jederzeit mit sofortiger Wirkung zu lösen, so fehlte es für den Käufer der Tratte und eigentlichen Geldgeber an jeder Sicherheit neben der Verpflichtung der Ausstellerin selbst, und es konnte dann die Kreditzusage für die Kreditnehmerin keinen ersichtlichen Nutzen haben. Daher ist der Vertrag so aufzufassen, daß eine Kündigung zwar jederzeit ausgesprochen werden konnte, daß sie jedoch, wenn nach vertragsmäßiger Ziehung einer neuen Tratte ausgesprochen, das Vertragsverhältnis erst zu Verfall derselben löste, so daß Beklagte insbesondere noch zur Akzeptierung dieser Tratte verpflichtet blieb.

Schon hieraus könnte vielleicht geschlossen werden, daß Beklagte, nachdem einmal vertragsmäßig eine Tratte auf sie gezogen und diskontiert war, ohne daß sie vorher von ihrem Kündigungsrechte Gebrauch gemacht hatte, die Akzeptierung dieser Tratte auch dann nicht verweigern konnte, wenn die Kreditnehmerin inzwischen in Vermögensverfall geraten war. Es ist zwar in Anwendung der in § 846 HGB. und § 157 BGB. ausgesprochenen Grundsätze mit dem ROHG., Entsch. 23, 137 und dem RG., Entsch. 60, 60 durchaus anzuerkennen, daß die Kreditzusage regelmäßig unter der stillschweigenden Bedingung unveränderter Kreditwürdigkeit des anderen Teiles steht; es kommt dabei aber immer auf die Umstände des einzelnen Falles an, nach denen zu prüfen ist, ob der Kreditgeber nach Treu und Glauben an seiner Zusage festgehalten werden kann oder nicht. Im gegenwärtigen Falle spricht manches dafür, daß die Beklagte die Kreditnehmerin hat in die Lage setzen wollen, dem jedesmaligen Käufer der Tratte

die volle Sicherheit zu gewähren, die in ihrer eignen Mithaftung lag, und daß es nicht auf eine Teilung des Risikos zwischen ihr selbst und dem Käufer in der Weise abgesehen war, daß letzterer die Gefahr einer zwischen Diskontierung und Akzeptierung eintretenden Zahlungsunfähigkeit der Kreditnehmerin lief, während die Beklagte nur die Gefahr einer zwischen Aktzeptierung und Fälligkeit eintretenden Zahlungsunfähigkeit zu tragen hatte. Hätte Beklagte die Zusage zwischen Diskontierung und Akzeptierung bei eintretendem Vermögensverfall der Kreditnehmerin frei widerrufen können, so würde der Kredit für die diskontierende Bank und folgeweise auch für die Kreditnehmerin unverhältnismäßig entwertet sein, auch wäre damit eine Kompliziertheit und Unberechenbarkeit in das Vertragsverhältnis hineingetragen, der kaufmännische Kreise im allgemeinen nicht zuneigen. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob schon auf Grund dieser Auslegung des ursprünglichen Vertrages zu einer Entscheidung im Sinne der Klage zu gelangen ist, da weitere Umstände vorliegen, die nach Ansicht des Reichsgerichs diese Entscheidung ohnehin gebieten.

Das Oberlandesgericht hält es zur Anwendung der Klausel „rebus sic stantibus“ und zur Anerkennung der Berechtigung der Beklagten, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu lösen, für ausreichend, daß nach Abschließung des Grundvertrages von 1904 eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Kreditnehmerin eingetreten ist. Darin liegt aber ein Verkennen des Wesens jenes Vertrages und der Bedeutung der späteren Rechtshandlungen.

Der Grundvertrag war lediglich ein Blankettvertrag, denn es bedurfte weiterer Willensakte auf beiden Seiten, um die in Aussicht genommenen Verpflichtungen der Parteien auszulösen. Die Deckungsverbindlichkeit der Kreditnehmerin insbesondere entstand nur dann und insoweit, als sie demnächst auf die Beklagte zog. Wann und welche Beträge sie ziehen wollte, hing innerhalb der gezogenen Maximalgrenze lediglich von ihrem Willen ab. Aber auch der Wille der Beklagten blieb für die Entscheidung der Verpflichtungen maßgebend. Nur wenn sie bis zur ersten Wechselziehung nicht widerrufen hatte, entstand insoweit die Verpflichtung zur Akzeptation und Deckung. Auch im weiteren Verlauf war die Entscheidung weiterer Verpflichtungen, mit anderen Worten die Prolongation des ganzen Verhältnisses jeweilig von neuen Willensäußerungen auf beiden Seiten abhängig. Die Kreditnehmerin hatte den Willen, das Verhältnis fortzusetzen, durch Ziehung neuer Tratten, die Beklagte denselben Willen durch Nichtausübung des Kündigungsrechtes zu erklären. Auch im gegenwärtigen Falle handelt es sich nicht um die erstmalige Entscheidung der Akzept- und Deckungsverbindlichkeit, sondern um die Prolongation einer bereits bestehenden. Beklagte hatte vor dem 28. September 1905 zum vollen Betrage des bewilligten Kredites akzeptiert; die Kreditnehmerin war demnach zur Deckung der hier in Rede stehenden Tratte bei Verfall, am 17. Okt., verpflichtet. Damals war die Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Kreditnehmerin, auf welche Beklagte sich jetzt beruft, bereits eingetreten. Die Kontrahenten verhandelten über eine Stundung der Deckungsverbindlichkeit auf 3—6 Jahre, mit der Beklagte — offenbar, weil ihrer Meinung nach mehr nicht zu erreichen war, — sich unter gewissen Bedingungen einverstanden erklärte, wobei der Kreditnehmerin eine Frist, um die Bedingungen zu realisieren, bis zum 31. Dezember 1905 bewilligt wurde.

Da nun die Prolongation in dem Grundvertrage vorgesehen und in den wesentlichen Bedingungen dahin geregelt war, daß sie zustande kam, wenn die Kreditnehmerin, ohne daß Beklagte vorher gekündigt hatte, bei Verfall der alten Tratte unter Eindeckung derselben eine neue zog, so muß auch für den vorliegenden Fall in dem diesen Bedingungen entsprechenden Verhalten beider Parteien der Abschluß eines Polongationsvertrages erblickt werden. Es ist möglich, einen Vertrag in der Weise zu schließen, daß die empfangsbedürftigen Willenserklärungen vor der Perfektion mit der Beredung ausgetauscht werden, daß die Perfektion erst mit etwaigen in der Zukunft liegenden nicht empfangsbedürftigen Willensäußerungen eintreten soll. In einem solchen Falle wäre es widersinnig, bei Anwendung der Klausel, „rebus sic stantibus,“ den Zeitpunkt der ersten noch gar nicht bindenden Beredung als maßgebend für die Frage zu behandeln, ob ein Kontrahent wegen inzwischen veränderter Umstände nach Treu und Glauben an dem Vertrage festgehalten werden kann. Ist die Veränderung zu einer Zeit eingetreten, wo er noch nicht gebunden war, und hat er alsdann aus freier Entschließung die Bindung sich vollziehen lassen, so fehlt es an jedem Grunde, ihn von der Vertragserfüllung freizusprechen. So liegt die Sache hier. (Wird weiter ausgeführt).

Ist hiernach davon auszugehen, daß beide Teile nach Eintritt des Vermögensverfalles der Kreditnehmerin in voller Kenntnis der Sachlage den Prolongationswillen erklärt haben, und hatte alsdann die Kreditnehmerin zwecks Ausführung des Prolongationsabkommens die alte Tratte getilgt und die neue gezogen, so war auch Beklagte verpflichtet, das ihrige zur Ausführung des Abkommens zu tun, indem sie ein neues Akzept erteilte und dadurch die Deckungsverbindlichkeit der Gegenseite wieder herstellte. Wenn das Oberlandesgericht

meint, auch unter diesen Umständen sei Beklagte wegen des Vermögensverfalls der Gegenseite zu einer neuen Kreditgewährung nicht verpflichtet gewesen, so ist zu erwidern, daß eine neue Kreditgewährung nicht geleistet ist. Der Kredit war schon vorher gewährt, und die Tilgung der laufenden Tratte konnte nicht als endgültige Deckung, sondern nur als Vorleistung für die erwartete Neuaktzeptierung aufgefaßt werden, zu welcher die Beklagte unmittelbar durch Entgegennahme der Rimesse verpflichtet wurde.

§ 321 des BGB. beruht ebenso wie die im älteren Rechte allgemeiner angewandte Klausel, „rebus sic stantibus" auf der Erwägung, daß es unbillig ist, eine Vertragspartei an Verpflichtungen festzuhalten, die sie unter den neuen, völlig veränderten Verhältnissen keinesfalls übernommen haben würde. Diese Erwägung würde Platz greifen, wenn Beklagte bei Eintritt des Vermögensverfalles der Kreditnehmerin den Kredit noch nicht gewährt gehabt hätte. Sie versagt aber der gegebenen Sachlage gegenüber durchaus, weil Beklagte bei Eintritt der Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils die ihr obliegende Leistung bereits bewirkt hatte und sie nunmehr in der Lage war, unter voller Kenntnis der eingetretenen Verschlechterung durch Ausübung des vorbehaltenen Kündigungsrechtes das Perfektwerden der Prolongation des Kreditverhältnisses auszuschließen. Es liegt nicht im Zwecke des § 321, den Vertragsinhalt mit Rücksicht auf eine eingetretene Änderung der Verhältnisse zugunsten des einen Teils umzugestalten, wenn und soweit dieser bei dem Eintritte der Änderung über den Vertragsinhalt noch frei verfügen kann.

* * *

Genossenschaften. Art und Weise der Aufstellung der Vorschußberechnung im Konkurse der Genossenschaft.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 13. April 1907. 406. 06.

Im Konkurse einer Genossenschaft m. b. H., nach deren Statut die Haftsumme 500 Mk. für jeden Geschäftsanteil betrug, wurde die Vorschußberechnung in der Weise aufgestellt, daß von 97 Genossen, welche die Liste enthielt, 90 mit 136 Geschäftsanteilen zur Vorschußleistung herangezogen wurden und zwar jeder gemäß der Zahl der Geschäftsanteile, die er besaß, mit dem Einfachen oder Mehrfachen der Haftsumme von 500 Mk. Der Betrag der in dieser Weise erforderten Vorschußleistungen ergab im ganzen 68000 Mk., während der zu deckende Fehlbetrag sich nur auf 24520 Mk. belief. Ein Genosse, der 10 Geschäftsanteile besaß und von dem deshalb eine Vorschußleistung von 5000 Mk. erfordert wurde, focht diese Berechnung gegen den Konkursverwalter mit dem Antrage an, daß dieser eine andere Aufstellung vorzulegen habe, in der die Nachschüsse der einzelnen Genossen nach Köpfen bestimmt seien und nur die Beiträge, zu deren Leistung einzelne Genossen nachweisbar unvermögend seien, auf die übrigen verteilt würden. In I. Instanz drang er mit diesem Antrage durch, in II. und III. Instanz wurde die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Vorschußberechnung den gesetzlichen Bestimmungen entspricht und mit Grund nicht beanstandet werden kann. Es ist bei Beurteilung der Berufung des Beklagten, die es mit Recht für begründet erachtete, von richtigen Grundsätzen ausgegangen und hat insbesondere das Vorbringen des Klägers, der Konkursverwalter habe nicht beachtet, daß nach § 105 Abs. 2 des Gesetzes die Nachschüsse von den Genossen nach Köpfen zu leisten sind, zutreffend zurückgewiesen. Einen hierauf sich beziehenden Angriff hat die Revision auch nicht erhoben. Sie macht aber geltend, es liege eine Verletzung der §§ 105 bis 108 des Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften darin, daß der Konkursverwalter ohne Rücksicht auf das vorauszusehende Unvermögen einzelner Genossen und jedenfalls ohne objektiv nachprüfbare Begründung von jedem Genossen den höchsten zulässigen Beitrag erfordert habe; sie meint der Beklagte hätte diejenigen Genossen bezeichnen müssen, deren Unvermögen voraussehbar war, und hätte unter Verteilung der dadurch entstehenden Ausfälle den Kopfteil der voraussichtlich Zahlungsfähigen berechnen sollen. Dieser Angriff der Revision ist indessen nicht begründet. Eine Berechnungsart ähnlich derjenigen, welche der Revisionskläger hier fordert, hatte allerdings, wie aus den bei Parisius & Crüger, 5. Aufl. 504 f. Anm. 7 wiedergegebenen Nachweisungen hervorgeht, der Entwurf des Gesetzes in Aussicht genommen, dieser Entwurf wurde jedoch abgelehnt und aus wohlerwogenen Gründen die Vorschußberechnung so gestaltet, wie dies jetzt durch § 106 Abs. 2 vorgeschrieben ist. Hiernach sind in der Vorschußberechnung die sämtlichen Genossen namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu vertreiben; die Höhe der Beiträge ist jedoch derart zu bemessen, daß durch ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen zur Beitragsleistung ein Ausfall an dem zu deckenden Gesamtbetrag nicht entsteht. Bei dieser Art der Vorschußberechnung, bei welcher der Gesamtbetrag der verteilten Beiträge höher zu bemessen ist, als der bilanzmäßige Fehlbetrag, ist es allerdings möglich, daß gegebenenfalls einige zahlungsfähige Genossen vom Konkursverwalter auf

die volle Haftsumme in Anspruch genommen werden und nach voller Deckung des Ausfalls im Konkurse die Konkursmasse an der Einziehung der Vorschußbeträge bei den übrigen Genossen zum Schaden derer, die gezahlt haben, kein Interesse mehr hat. Allein der Konkursverwalter ist nach § 82 KO. allen Beteiligten für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten verantwortlich und hat deshalb auch bei der Vollstreckung zum Zweck des Vollzugs der Vorschußberechnung das Interesse aller Genossen gleichmäßig zu wahren. Er steht bei seinem ganzen Verfahren gemäß § 83 KO. unter der Aufsicht des Konkursgerichts, welches gemäß § 107 Abs. 3 des Gesetzes über die gegen die Berechnung erhobenen Einwendungen entscheidet und vor der Vollstreckbarkeitserklärung auch von Amtswegen Berichtigungen der Berechnung anordnen kann. Die Möglichkeit, daß auf dem in § 106 Abs. 2 vorgeschriebenen Wege mehr erhoben werden kann, als zur Deckung des Fehlbetrages ausreicht, berechtigt nicht dazu, dem pflichtmäßigen und verantwortlichen Ermessen des Konkursverwalters Schranken zu setzen, welche das Gesetz nicht kennt.

Schiedsgerichtsordnungen.

Im Hinblick auf die Reform des Zivilprozesses verdienen die Bestrebungen der einzelnen Zweige von Handel und Industrie, Streitigkeiten von Berufsgenossen zum schiedsgerichtlichen Austrag zu bringen und den ordentlichen Rechtsweg auszuschalten, erhöhte Bedeutung. Nach den „Mitteilungen der Handelskammer zu Berlin" werden nachstehend die neu vereinbarten Schiedsgerichtsordnungen für die Textil-, Konfektions- und Wäschebranche, sowie für die Obst- und Gemüsekonservenbranche mitgeteilt.

Schiedsgerichtsordnung für die Textil-, Konfektion- und Wäschebranche.

§ 1.

Bei der Handelskammer zu Berlin wird ein ständiges Schiedsgericht zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten der Betriebe der

Textil-, Konfektion- und Wäschebranche

errichtet.

§ 2.

Für das schiedsrichterliche Verfahren haben die Bestimmungen des zehnten Buches der Zivilprozeßordnung, soweit sie nicht nachstehend abgeändert sind, Geltung.

§ 3.

Es werden für drei aufeinanderfolgende Kalenderjahre gewählt von den Fachausschüssen der Handelskammer

für die Textilindustrie 12,
für das Konfektionsgewerbe 10,
für die Wäschebranche 8,

im ganzen 30 ständige Schiedsrichter.

Die Wahlen bedürfen der Bestätigung durch die Handelskammer.

Bis zur Bestätigung der Neuwahlen bleiben die gewählten Schiedsrichter im Amt.

§ 4.

Das Schiedsgericht besteht im Einzelfalle aus drei Mitgliedern. Jeder Partei steht die Ernennung eines Mitgliedes aus der Zahl der ständigen Schiedsrichter zu. Mehrere Kläger oder Beklagte gelten als eine Partei. Der Obmann wird von dem Präsidenten der Handelskammer zu Berlin ernannt, der bei der Wahl auf die Person der ständigen Schiedsrichter nicht beschränkt ist.

Das Schiedsger cht kann sich auf Grund einstimmigen Beschlusses jederzeit durch zwei weitere Mitglieder aus der Zahl der zur Handelskammer zu Berlin Wahlberechtigten verstärken.

§ 5.

Die Entscheidungen erfolgen nach Stimmenmehrheit.

§ 6.

Das Schiedsgericht ist in jedem Stadium des Verfahrens berechtigt, die Fällung eines Schiedsspruches abzulehnen.

§ 7.

Das Schiedsgericht ist zuständig, wenn es von den streitenden Parteien angerufen wird oder in Verträgen oder Schlußscheinen vereinbart ist, daß die Entscheidung von Streitigkeiten durch das Schiedsgericht erfolgen solle.

Das Schiedsgericht entscheidet selbst über die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens.

§ 8.

Die betreibende Partei hat die Klage mit je einer Abschrift für jeden Beklagten der Handelskammer einzureichen.

Mit der Klage hat die betreibende Partei einen Schiedsrichter aus der Zahl der ständigen Schiedsrichter zu bezeichnen.

* * *

Geschäftsbedingungen der Obst- und Gemüsekonservenbranche im Inlandsverkehr. (Auszug).

§ 1. **Geltungsbereich.**

Die nachfolgenden Geschäftsbedingungen gelten für den Inlandsverkehr in der Obst- und Gemüsekonservenbranche als vereinbart, sofern auf sie beim Geschäftsschluß Bezug genommen ist.

§ 10. **Schiedsgericht.**

Streitigkeiten aus Geschäften, die auf Grund dieser Bedingungen abgeschlossen sind und den Mißerntevorbehalt, die Ordnungsmäßigkeit der Qualität und der Füllung oder die Mängelrüge betreffen, unterliegen auf Verlangen auch nur eines der Vertragsschließenden richterlicher Entscheidung nach Maßgabe der diesen Bedingungen anliegenden Schiedsgerichtsordnung.

Sind beide Vertragsschließende Fabrikanten, so ist der Sitz des Schiedsgerichts bei Streitigkeiten aus Verträgen über Gemüsekonserven Braunschweig, über Früchtekonserven Mainz.

Wird der ordentliche Rechtsweg beschritten, so kann der Beklagte den Einwand des Schiedsvertrages nicht erheben, wenn er es unterlassen hat, innerhalb 3 Tagen nach erfolgter Klageandrohung schiedsrichterlicher Entscheidung nach Maßgabe anliegender Schiedsgerichtsordnung zu verlangen.

Alle übrigen Streitigkeiten aus Geschäften im Konservenhandel unterliegen der schiedsrichterlichen Entscheidung nach Maßgabe anliegender Schiedsgerichtsordnung nur dann, wenn die Parteien dies bei Abschluß des Geschäfts oder später besonders vereinbart haben.

§ 11. **Schiedsgutachter.**

Es steht den Parteien frei, zu vereinbaren, daß das Schiedsgericht nicht den ganzen Streitfall, sondern nur diejenigen Streitpunkte, die durch tatsächliche Feststellungen zu erledigen sind (Mißerntevorbehalt, die Ordnungsmäßigkeit der Qualität und der Füllung oder die Mängelriege), endgültig entscheidet. Soll das Schiedsgericht in dieser Weise als Schiedsgutachterinstanz tätig werden, so finden hinsichtlich der Zusammensetzung und des Verfahrens die Vorschriften der Schiedsgerichtsordnung entsprechende Anwendung.

Die Entscheidung der Schiedsgutachter soll in der Regel auf Grund der von dem Obmann anzuordnenden Erhebungen erfolgen und rechtsverbindlich sein, auch wenn sie nur mit einer Zweidrittelmehrheit gefaßt ist.

* * *

Schiedsgerichtsordnung.

§ 1.

Das Schiedsgericht für die Konservenbranche entscheidet in einer Besetzung von drei Personen, die eine angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten. Es trifft nach Maßgabe des § 1037 ZPO. selbst die Entsch. über die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens und ist in jedem Stadium desselben berechtigt, die Fällung des Schiedsspruches abzulehnen.

§ 2.

Einen Schiedsrichter hat die das schiedsrichterliche Verfahren betreibende Partei, den anderen der Gegner zu ernennen. Die ernannten Schiedsrichter wählen einen Obmann. Der Obmann soll die Befähigung zum Richteramt haben. Handelt es sich um einen Rechtsstreit zwischen Fabrikanten und Händlern, so soll der Fabrikant einen Fabrikanten, der Händler einen Händler ernennen.

§ 3.

Die das schiedsrichterliche Verfahren betreibende Partei hat dem Gegner unter Überreichung von zwei Klageschriften den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchentlichen Frist seinerseits ein gleiches zu tun. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von der Handelskammer ernannt, in deren Bezirk der Säumige seine Geschäftsniederlassung (Hauptniederlassung) hat. Kann eine Einigung über die Wahl des Obmanns binnen einer Woche nicht erzielt werden, so ernennt diesen auf Antrag der betreibenden Partei die Handelskammer des Erfüllungsortes des streitigen Rechtsverhältnisses. Ist zwischen den von den Parteien ernannten Schiedsrichtern streitig, welcher Ort als Erfüllungsort zu gelten hat, so ist der Obmann von der Handelskammer zu ernennen, in deren Bezirk der Beklagte seine Geschäftsniederlassung (Hauptniederlassung) hat.

Die in diesem wie in den folgenden Paragraphen den Handelskammern zugewiesenen Befugnisse stehen allen amtlichen Handelsvertretungen zu.

§ 4.

Fällt aus irgend einem Grunde einer der beiden Schiedsrichter fort, so hat auf Aufforderung des Gegners die Partei, die den Schiedsrichter ernannt hat, innerhalb einer Woche einen neuen zu ernennen. Versäumt die das Verfahren betreibende Partei diese Frist, so gilt die Klage als zurückgenommen; versäumt sie der Gegner, so geht das Ernennungsrecht auf die Handelskammer, in deren Bezirk seine Geschäftsniederlassung liegt, über. Fällt der Obmann fort, so finden für die Wahl des neuen Obmannes die Vorschriften des § 2 Anwendung.

§ 5.

Das Verfahren kann nach dem Ermessen des Gerichts ein mündliches oder schriftliches sein.

§ 6.

Ist das Verfahren ein schriftliches, so richtet der Obmann an den Beklagten die Aufforderung, binnen einer von ihm zu bestimmenden Frist die eine der ihm von der betreibenden Partei zugestellten Klageabschriften nebst einer Klagebeantwortung in zwei Abschriften einzureichen. Die eine der Klagebeantwortungen erhält der Kläger mit einer von dem Obmann zu bestimmenden Frist zur Beantwortung. Wird eine der Fristen versäumt, so gilt die Erklärung als verweigert. Die Schriftsätze der Parteien werden dem Gegner mit einer von dem Obmann zu bestimmenten Frist zur Beantwortung so lange zugestellt, bis der Obmann den Sachverhalt für genügend aufgeklärt erachtet. Der Obmann beendet den Schriftwechsel durch Mitteilung an die Parteien und überreicht das gesamte Aktenmaterial den beiden Beisitzern nacheinander mit der Aufforderung, eine mit schriftlichen Gründen versehene Entscheidung zu fällen.

§ 7.

Der Obmann kann bei Versendung der Akten an die Schiedsrichter sich zur Sache gutachtlich äußern und hat die Reihenfolge, in welcher die Akten versandt werden, nach freiem Ermessen zu bestimmen.

§ 8.

Der erste Schiedsrichter hat die Akten nebst der von ihm gefällten Entscheidung unmittelbar an den zweiten Schiedsrichter zu senden. Dieser hat schriftlich zu erklären, inwieweit er der Entscheidung und den Gründen beitritt und inwieweit er abzuweichen gedenkt.

§ 9.

Tritt er der Entscheidung in allen Punkten bei, so hat er die Akten dem Obmann wieder zuzustellen, welcher entweder auf Grund der übereinstimmenden Äußerungen das Urteil fällt oder seine Bedenken den Schiedsrichtern mitteilt.

§ 10.

Weicht der zweite Schiedsrichter von der Entscheidung oder den Gründen des ersten Schiedsrichters ab, so übersendet er die Akten mit seiner abweichenden Äußerung dem ersten Schiedsrichter zur Rückäußerung. Dieser gibt die Akten sodann mit seiner Rückäußerung an den Obmann zurück.

§ 11.

Die in den Äußerungen der beiden Schiedsrichter niedergelegten Abweichungen hat der Obmann zusammenzustellen und über sie seine schriftliche Abstimmung ohne Gründe herbeizuführen, bis eine Zweidrittel-Mehrheit vorhanden ist.

§ 12.

Kann der Obmann der Entscheidung und den Gründen einer der beiden Schiedsrichter sofort beitreten, so fällt er die endgültige Entscheidung und versieht sie mit Gründen.

§ 13.

Insoweit die Entscheidung oder die Gründe des Obmanns von der Entscheidung oder den Gründen auch nur eines der beiden Schiedsrichter abweichen, hat er über die Abweichung eine schriftliche Abstimmung der Schiedsrichter herbeizuführen.

§ 14.

Kann auf diesem Wege eine Entscheidung nicht erzielt werden, so hat der Obmann einen Termin zu bestimmen und Ort und Zeit der Verhandlung, unter tunlichster Berücksichtigung des Interesses beider Parteien, anzusetzen.

§ 15.

Vergleiche sind von den Parteien zu unterschreiben,

Schiedssprüche sind von den Schiedsrichtern mit Angabe des Tages der Abfassung zu unterzeichnen und in einer von den Schiedsrichtern gleichzeitig unterschriebenen Ausfertigung auf der Gerichtsschreiberei des gemäß § 18 zuständigen Amtsgerichts oder Landgerichts niederzulegen.

Schiedssprüche sollen eine Entscheidung darüber enthalten, wer die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Die Kosten können beiden Parteien anteilig auferlegt werden.

§ 16.

Als Kosten werden neben einer der Handelskammer Braunschweig für Veröffentlichungen zu zahlenden Gebühr (§ 19) von 4 Mk. pro Druckseite ihrer „Monatsschrift für Handel und Industrie" die den Schiedsrichtern zu zahlende Vergütung (§ 1), Schreibgebühren, Porti und andere bare Auslagen berechnet. Der Obmann soll von der betreibenden Partei einen angemessenen Vorschuß zur Deckung der Kosten verlangen.

§ 17.

Gegen die die Schätzung des Wertes des Streitgegenstandes und die Berechnung der Kosten des Verfahrens betreffenden Festsetzungen des Schiedsgerichts ist das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig. Ueber diese entscheidet vor Erlaß des Schiedsspruchs die Handelskammer, in deren Bezirk die das schiedsrichterliche Verfahren betreibende Partei, nach Erlaß des Schiedsspruches die Handelskammer, in deren Bezirk der Unterlegene seine Handelsniederlassung hat.

§ 18.

Soweit nicht in dieser Schiedsgerichtsordnung anders bestimmt ist, gelten für das Verfahren die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das schiedsrichterliche Verfahren (§§ 1025 bis 1048) und für die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes §§ 3 bis 9 der ZPO.

Als zuständiges Gericht im Sinne der §§ 1025 bis 1048 gelten das Amtsgericht und das Landgericht des Erfüllungsortes des streitigen Rechtsverhältnisses. Liegt der Erfüllungsort im Bezirke der drei Berliner Landgerichte, so gelten das Amtsgericht Berlin-Mitte und das Landgericht I Berlin als zuständig.

§ 19.

Eine Abschrift des niedergelegten Schiedsspruches hat der Obmann der Handelskammer für das Herzogtum Braunschweig zu übersenden. Diese ist verpflichtet, sofern Fragen von grundsätzlicher Bedeutung entschieden worden sind, für ganze oder teilweise Veröffentlichung des Schiedsspruches Sorge zu tragen. Bei den Veröffentlichungen dürfen weder die Parteien noch die Schiedsrichter namentlich bezeichnet werden.

Literatur.

Leonhard (Franz). **Erfüllungsort und Schuldort.** Berlin. Vahlen 1907, geh. 5 M. gr. 8, VI u. 216 S.

Eine ausgezeichnete gründliche Monographie über die, besonders handelsrechtlich wichtige Materie über den Leistungsort (§§ 269, 270 BGB.). Die Schrift ist methodisch auch bedeutsam dadurch, daß die Untersuchung nicht bloß theoretisch und dogmengeschichtlich die verworrene Lehre durchleuchtet, sondern dieselbe auf eine enquête aufbaut, die der Verfasser bei den Handelsgremien der angesehensten Handelsplätze Deutschlands veranstaltet hat. Die ihm, auch von großen Spezialfirmen, zugegangenen Antworten auf die Umfrage werden eingehend verwertet zur Begründung der vom Verfasser mit scharfem Blick für das Fehlsame der herrschenden Lehre und die Bedürfnisse des Rechtslebens, aufgestellten neuen Theorie und sind jene auch (S. 184—211) in extenso zum Ausdruck gebracht, als interessantes Material, für Erkenntnis der Auffassung, die im Handel von der Bedeutung der vertraglichen Abrede über den „Erfüllungsort" bei Handelsgeschäften besteht und deren Widerspruch gegen Theorie und Rechtsprechung.

Front machend gegen die weltfremde Ansicht des Reichsgerichts, daß die Vereinbarung eines bestimmten Orts als „Erfüllungsort" unwirksam sei, wenn nach der Natur der ausbedungenen Leistung diese an jenem Ort nicht ausführbar, legt Verf. in Durchmusterung aller obligatorischen Leistungspflichten den Ursprung jener fehlsamen Theorie klar, mit dem durch die Umfrage erhärteten Nachweis, daß lediglich die falsche Vorstellung über den Begriff „Erfüllungs- und Leistungsort" und deren Verquickung jene Ansicht hervorgerufen. Schon der § 270 BGB. allein genügt für den Nachweis, daß beide Begriffe sich nicht decken; ebenso ist § 433 BGB. für alle Austauschverträge beweisend, daß der Ort der effektiven Leistung (als schuldbefreiender Vorgang) nicht mit dem Schuldort der Obligation identisch ist. Dieser Nachweis und der grundsätzliche Protest gegen die Auffassung, daß der Schuldort überhaupt die rechtliche Wirkung hat, daß dort tatsächlich zu erfüllen sei, daß die Bedeutung desselben vielmehr lediglich in der Gerichtszuständigkeit und der Frage nach dem für das Rechtsverhältnis maßgebenden Recht gipfelt, bildet den Inhalt des I. Teils der Schrift (S. 1—20). Damit ist der bisher herrschenden Lehre der Boden entzogen. Wichtige Schlaglichter enthält dieser Teil auch auf all die Verworrenheiten, die bislang über die Gefahrstragung und die Absendungspflicht des Verkäufers in ihrer Bedeutung für den Erfüllungsort unangefochten bestanden.

Auf dem so vorbereiteten Boden wird unter Trennung des Begriffs „Schuldort" von dem „Erfüllungsort" untersucht, wohin der Schuldort, als der für das Schuldverhältnis in seinen Wirkungen wichtige Ort, der von Savigny sog. Sitz der Obligation, zu verlegen sei. Dies wird im Kapitel 2 (Seite 121 ff.) dargelegt mit dem Ergebnis, daß, soweit nicht Parteiabreden Platz greifen, die in dieser Beziehung aber keinerlei zwingender Vorschrift unterliegen (S. 122), unter Ausschaltung zu-

nächst des Vollzugsortes als maßgeblichen, unter Verbannung ferner jedes absolut ausschließenden Moments, nach einer gewissen Rangordnung (S. 141) die dem konkreten Rechtsverhältnisse wesentlichen Anknüpfspunkt für den Schuldort zu suchen seien. Danach bestimmt sich auch das anzuwendende Grenzrecht. Diese Lehre wird in Anwendung auf die einzelnen Rechtsverhältnisse (S. 142—156) demonstriert und im dritten Teil die Wirkung des Schuldorts für Grenzrecht, Auslegung, Gerichtsstand, Gesetze und Kosten entwickelt. Von dem Ergebnis der Untersuchung (S. 177—182) versprechen wir uns eine neue Epoche in der künftigen Behandlung der Lehre im Dienste der Klärung auch der handelsrechtlichen Vertragsschlüsse und deren Beurteilung Seitens der Gerichte, sofern nur, was wir herzlich wünschen, nicht allein die berufsmäßigen Leser juristischer Abhandlungen, sondern auch Richter und Anwälte, nicht minder aber auch Kaufleute dieser außerordentlich klar und verständlich geschriebenen Monographie die gebührliche Teilnahme entgegenbrächten. Handelt es sich doch darin um eines der praktisch wichtigen Probleme, besonders für alle Handelsgeschäfte nach fremden Ländern.

Diesen festen Boden gegeben zu haben, würde allein ausreichen, dem Verfasser für seine mühereiche, fleißige Arbeit Dank zu wissen.

Berlin. Landgerichtsrat Dr. Marcus.

* * *

(Eingänge.)

Abgrenzung der Handels- und der Handwerks- (Gewerbe) Kammer-Organisation oder Fabrik und Handwerk. Denkschrift für die Beratung des Deutschen Handelstags, herausgegeben von der Handelskammer Leipzig.

Altenrath, Dr. Johannes, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs. Berlin, Carl Heymanns Verlag.

Buff, Dr. Siegfried, Der gegenwärtige Stand und die Zukunft des Scheckverkehrs in Deutschland. München, Ernst Reinhardt.

Epstein Jakob H., Zur Verteidigung der Wertzuwachssteuer. Berlin, Buchhandlung Bodenreform. Preis 80 Pfennig.

Hörle, Georg, Die Stellung der Ehefrau im Betriebe eines Erwerbsgeschäftes. Leipzig, A. Deipert Nachf. Preis 3 Mk.

Kuhlenbeck, Ludwig, Das Recht der Selbsthülfe. Langensalza, Julius Beltz.

Obst, Dr. Georg, Geld-, Bank- und Börsenwesen. 4. Aufl. Leipzig, C. J. Pöschel.

Seuckpiel, Richard, Das Speditionsgeschäft. Hannover, Helwing'sche Verlagsbuchhandlung. Preis Mk. 9.

Stranz, Justizrat Dr. J. und Stranz, Dr. M., Staub's Kommentar zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung. 5. Aufl. Berlin, J. Guttentag.

Thorwart, F., Die Bedeutung des Scheckverkehrs. (Mitteilungen der Handelskammer zu Frankfurt a. M April 1907).

— Die Technik des Hamburger Ueberweisungsverkehrs. (Daselbst Juni 1907).

Kleine Mitteilungen.

(Versteuerung von Aktienschlußscheinen.) Nach einem Berichte des Berl. Tageblatts hat das Landgericht I Berlin zur Frage der Versteuerung von Aktienschlußscheinen nachstehende Entscheidung erlassen.

Im Dezember 1905 hatte eine Berliner Aktiengesellschaft ihr Gesellschaftskapital erhöht. Die jungen Aktien wurden von einem Bankkonsortium übernommen, zu welchem auch die Klägerin gehörte, und zwar zum Kurse von 194¼ pCt., ebenso hoch war der Kurs, zu welchem das Konsortium die Aktien dem Publikum beziehungsweise den Aktionären anbot. Die über das Ankaufsgeschäft zwischen Konsortium und Abnehmern ausgestellten Schlußscheine versteuerte die Klägerin mit 25 pCt. des Nominalbetrages, die sofort einzuzahlen waren, sowie mit dem vollen Betrage des gleichfalls sofort zu zahlenden Agios von 94¼ pCt. Die Klägerin stützte sich bei dieser Art der Versteuerung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. September 1896 (abgedruckt im Zentralblatt der Abgabengesetzgebung und Verwaltung von 1897 Seite 296), in welcher ausgeführt ist, daß bei solchen Kaufgeschäften der Wert des zu bestimmenden Gegenstandes in dem Geldbetrage bestehe, den der Käufer an den Verkäufer zu zahlen habe, und daß die Verpflichtung des Käufers, auf Erfordern die rückständige Einzahlung zur Gesellschaftskasse zu leisten, nur als eine rechtliche Folge des Anteils am Gesellschaftsvermögen, den der Käufer durch den Erwerb der Aktie erlangt habe, nicht als ausbedungene Leistung sich darstelle. — Bei der im Januar dieses Jahres bei der Klägerin abgehaltenen Stempelrevision zog der Stempelfiskus gegen die oben dargelegte Art der Versteuerung Erinnerung und verlangte Versteuerung auch der nicht eingezahlten 75 pCt. Der Fiskus vertrat hierbei den Standpunkt, daß jener Reichsgerichtsentscheidung der wesentlich andere Fall zugrunde gelegen habe, daß der Termin, bis zu welchem die Vollzahlung der Aktien erfolgen sollte, von vornherein nicht feststand vielmehr die Vollzahlung der Aktien nur „auf Erfordern" vorgesehen war. Im vorliegenden Falle sei aber ein Termin bestimmt, bis zu welchem die Vollzahlung erfolgen müsse Um eine Grundlage für eine prinzipielle richterliche Entscheidung zu gewinnen, zog auf Ersuchen der Klägerin der Fiskus eine konkrete Stempelerinnerung, indem er aus den Verkäufern der jungen Aktien einen Einzelfall herausgriff und den Fehlbetrag nachforderte. Diesen Betrag zahlte die Klägerin unter Vorbehalt der Rückforderung und machte mit der Klage die Rückforderung geltend. Das Landgericht hat den Beklagten zur Rückzahlung verurteilt. In den Entscheidungsgründen heißt es.: Nach Nr. 4 a des Tarifes zum Stempelsteuergesetz vom 3. 6. 06 ist beim Verkauf von Aktien der Wert des Gegenstandes des Geschäftes, wie in dem vereinbarten Kaufpreise oder in dem mittleren Börsen- und Marktpreise am Tage des Abschlusses zum Ausdruck gelangt, für die Höhe des zu entrichtenden Stempels maßgebend. Bei dem hier in Rede stehenden Veräußerungsgeschäft zwischen der Klägerin und ihren Abnehmern war der Kaufpreis mit 25 pCt. des Nominalbetrages der Aktien und einem Agio von 94¼ pCt. festgesetzt. Die daneben bestehende Verpflichtung des Käufers, an dem bestimmten Termine die noch nicht eingezahlten 75 pCt. an die Aktiengesellschaft zu leisten, hat der Käufer aber nicht als Rechtsfolge des Kaufvertrages, sondern als Inhaber der Aktie auf Grund des hierdurch vermittelten Gesellschaftsvertrages zu tragen. Sie kann also nicht als Teil des Kaufpreises angesehen werden. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Zahlung des rückständigen Betrages nur auf Erfordern oder an einem festgesetzten Termine zu bewirken ist.

(**Preisausschreiben.**) Die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin haben ein Preisausschreiben für eine Darstellung über die Vorteile des Überweisungs- und Scheckverkehrs erlassen. Die ausgesetzten Preise betragen Mark 600, 500 und 400. Die näheren Bedingungen lauten:

Die Arbeiten sind bis zum 31. Dezember 1907 bei dem Zentralbureau der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin (Berlin C. 2, Neue Friedrichstraße 51, I) gegen Empfangsschein einzureichen. Sie müssen in deutscher Sprache abgefaßt sein und in Reinschrift (Maschinenschrift oder deutlich zu lesender Handschrift) eingereicht werden. Sie dürfen keine Namensbezeichnung tragen, sondern sind statt dessen mit einem Denkspruch zu versehen. Der Name des Verfassers ist in einem geschlossenen Briefumschlage beizufügen, welcher denselben Denkspruch trägt. Als Preisgericht fungiert eine von den Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin zu ernennende Kommission von 9 Mitgliedern; das Ergebnis der Preisbewerbung wird spätestens am 1. April 1908 den Verfassern der eingereichten Arbeiten mitgeteilt werden. Durch die Zuerkennung des Preises geht das Recht der Veröffentlichung der gekrönnten Arbeit auf die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über. Dieselben behalten sich vor, auch eine nicht gekrönte Arbeit gegen Zahlung eines angemessenen Honorars durch den Druck zu veröffentlichen und zu diesem Zwecke den entsprechenden Briefumschlag zu eröffnen. Außerdem sind die Ältesten der Kaufmannschaft berechtigt, den Inhalt der preisgekrönten oder honorierten Arbeiten zu anderweiten Publikationen zu verwenden. — Die übrigen Arbeiten werden sechs Monate von Verkündigung des Ergebnisses ab in unserem Zentralbureau zur Abholung gegen Rücklieferung des Empfangsscheines bereitgehalten und nach Ablauf dieser Zeit mit den zugehörigen Umschlägen vernichtet. Für die Bearbeitung des Gegenstandes wird folgendes bemerkt: Der Zweck der Arbeit soll der Orientierung aller Kreise der Bevölkerung über die Vorteile dienen, die der Scheck- und Ueberweisungsverkehr sowohl für die Allgemeinheit, durch Einschränkung der Benutzung barer Zahlmittel als auch über den Nutzen, der sich daraus für den einzelnen bei der Leistung und dem Empfang von Zahlungen ergiebt. Die Darstellung dient keinem wissenschaftlichen Zweck, sondern der praktischen Propaganda zur weiteren Ausbreitung des genannten Verkehrs in Deutschland, wie er in großem Umfange seit langem in England und in den Vereinigten Staaten von Amerika sowie bezüglich des Ueberweisungs- (Abschreibungs)Verkehrs in Hamburg besteht. Die Arbeiten sind daher gemeinverständlich abzufassen, möglichst unter Anwendung von Beispielen aus dem praktischen Verkehrsleben. Sie wollen im allgemeinen den Umfang von 1½ Druckbogen nicht übersteigen. Die Ältesten der Kaufmanschaft von Berlin befassen sich selbst seit längerer Zeit mit der vorliegenden Frage und haben im November 1906 eine Denkschrift über die Frage eines Reichs-Scheckgesetzes veröffentlicht, sowie zwei in allen Kreisen der Bevölkerung Berlins im Mai 1907 verbreitete Rundschreiben, in welchen sie das Publikum über die privatwirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Vorteile des Ueberweisungs- und Scheckverkehrs und über die praktische Anwendung von Bank-Konti für diesen Verkehr aufzuklären versucht haben. Die Arbeiten, zu denen dieses Preisausschreiben auffordert, sollen die Agitation zur weiteren Einbürgerung des Ueberweisungs- und Scheckverkehrs verstärken.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Scheck ◎ Wechsel ◎ Börsenwesen.

Canstein, Freiherr, **Raban von**, Scheck, Wechsel und deren Deckung. (Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht.) 1890. 8° IV und 188 S. M. 4,—.

— Lehrbuch des Wechselrechts. 1890. 8° XXIV und 542. M. 12,—, geb. M. 14,—.

— Der Scheck nach dem österreichischen Gesetze vom 3. April 1906. 1906. gr. 8° VIII, 249 S. M. 7,—.

Heinemann, Ernst, Das Problem der Deutschen Börsenreform in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung. Unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur des Reichsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts. 1901. 8° VII und 136 S. M. 2,40.

Hoppenstedt, A., Zum Scheckgesetz. Kritik des dem Bundesrate vorgelegten Entwurfes eines Scheckgesetzes für das deutsche Reich. 1892. 8° II und 136 S. M. 1,—.

— Ein zweites Wort zum Scheckgesetz. Vortrag, gehalten in der Vereinigung Berliner Bank- und Wechselgeschäfte am 14. April 1892. 1892. 8° 54 S. M. 1,—.

— Die Haftbarkeit des Bankiers bei gestohlenen Wertpapieren. Eine Sammlung des gesetzgeberischen Quellen-Materials für den praktischen Gebrauch zusammengestellt. 1899. 8° 154 S. geb. M. 2,—.

— Zur Revision des Handelsgesetzbuches. Zwei Anträge. 1896. 8° 54 S. M. —,80.

Koch, R., Über Bedürfnis und Inhalt eines Scheckgesetzes für das Deutsche Reich. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin. Nebst einem Anhange. 1883. 8° 48 S. M. 1,—.

— Über Giroverkehr und den Gebrauch von Schecks als Zahlungsmittel. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, nebst einem Anhange. 1878. 8° 48 S. M. 1,—.

— Vorträge und Aufsätze hauptsächlich aus dem Handels- und Wechselrecht. 1892. 8° VI und 370 S. M. 8,—, geb. M. 10,—.

Kohler, Josef, Das Börsenspiel. Sonderabdruck aus der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 1894. 8° IV und 48 S. M. 1,—.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift

für

Handelsrecht und Bankwesen

Steuer- und Stempelfragen.

Eigenthum des Leipziger Anwalts-Vereins.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 8. **Berlin, Sonnabend 10. August 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30. Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Philologische und soziologische Rechtsprechung. Von Rechtsanwalt Dr. Ernst Fuchs in Karlsruhe i. B. — Das preußische Einkommensteuergesetz in seiner jetzigen Gestalt. — Zur Auslegung der Klausel „Lieferung franko Waggon". — Entscheidungen des Reichsgerichts: Wettbewerbsverbot. Errichtung von Kommissionslagern.

Philologische und soziologische Rechtsprechung.

Von **Ernst Fuchs**, Rechtsanwalt, in **Karlsruhe** i. B.

Jurisconsulti autem tanquam e vinculis sermocinantur. Baco.

I.

Das Wesen der neuen Methode.

Der wirtschaftliche und soziale Organismus der modernen Völker, ihr Handel, ihre Industrie, ihre Krediteinrichtungen, ihre Vergesellschaftungen im weitesten Sinn, sind gegenüber allen früheren Zeiten unendlich vielgestaltiger geworden. Das früher in ruhigen Bahnen dahinfließende, vorwiegend bäuerliche und kleingewerbliche Leben hat sich allmählich in einen mächtig dahinflutenden brausenden Strom verwandelt. Konnte nun schon in früheren Jahrhunderten kein Gesetz und kein Gesetzbuch die verschiedenartigsten Gestaltungen und Verschlingungen des praktischen Lebens auch nur entfernt alle vorhersehen, so ist dies erst recht unmöglich geworden angesichts der ungeheuren Fülle der verwickelten Formen und Beziehungen des modernen Wirtschaftslebens.

Zu keiner Zeit konnte daher eine anscheinend rein methodologische, im Grunde aber an die tiefste Wurzel alles Rechts gehende Frage, nämlich die, wie das Recht in allen jenen vielen vom Gesetz nicht ausdrücklich und klar entschiedenen Fällen zu suchen sei, eine solche Bedeutung gewinnen wie heute. Und sichtlich ist für keine Rechtsmaterie der Kampf um eine neue Methode der Rechtswissenschaft von größerer Tragweite als für den wichtigsten Zweig des Verkehrsrechts, das Handelsrecht, von dem stets auch das ganze bürgerliche Verkehrsrecht befruchtet worden ist. Und darum möge die folgende Betrachtung hier ihre Stätte finden.

Man kommt dem praktischen Gehalt des Problems nicht nahe, wenn man sich nicht die Änderungen vergegenwärtigt, die Deutschlands Volkswirtschaft im letzten Jahrhundert durchgemacht hat. (Vgl. zum folgenden: das 19. Jahrhundert in Deutschlands Entwickelung Bd. 7: die Deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert von Werner Sombart, Berlin 1905.) Man muß, um sich in die frühere Welt zurückzuversetzen, geistig eine Reise durch Deutschland vor hundert Jahren mitmachen, was damals ein Erlebnis war. Man muß sich die Mühseligkeit der deutschen Postschnecke vergegenwärtigen, ferner den dorfähnlichen Charakter der kleineren und die Umwegsamkeit auch in den größeren Städten, den niedrigen Produktivitätsgrad und damit zusammenhängend die Ärmlichkeit selbst in den Zentren, das gewaltige Überwiegen des Ackerbaues, die geringe Dichtigkeit der Bevölkerung, die starke Eigenproduktion in der Bauernwirtschaft aber auch in städtischen Haushaltungen, den handwerksmäßigen Charakter der Großindustrie und des Handels vor hundert Jahren. Man muß etwa die von Sombart (a. a. O. S. 17) wiedergegebene Schilderung lesen, die der Kriegsrat von Cöln im Jahre 1800 von den idyllischen Zuständen Berlins mit seinen 172 023 Einwohnern entwarf. Man muß dann damit die heutige Volkswirtschaft vergleichen, die erstaunliche Entwickelung der Technik und Industrie, des Verkehrswesens, der Eisenbahnen und Seeschiffahrt, der Telegraphie und Telephonie, die gewaltige Zunahme der Eisen-, Stahl- und Steinkohlenproduktion, die riesenhafte Entfaltung des Großhandels und des Bankwesens, die Steigerung der literarischen und künstlerischen Produktion, die moderne Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung. Und man wird das Bild einer völligen Umwälzung des

gesamten sozialen und Wirtschaftslebens vor sich haben. Gerade auf dem Hauptgebiet des Handelsrechts, dem Großhandel, war das 19. Jahrhundert, um mit Sombart zu reden, Augenzeuge jener grundstürzenden Neuordnung, die an Stelle lebendiger Beziehungen von Person zu Person innerhalb eines kleinen Kreises einander bekannter Menschen ein kunstvolles System von unpersönlichen Beziehungen setzte und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit in eine Summe von Vertragsabschlüssen auflöste. Und als Folgeerscheinung überall eine „ungeheure Beschleunigung und Intensivisierung der sich abspielenden Vorgänge".

Hat nun die juristische Kunst der Gesetzesauslegung auf dem Privatrechtsgebiet mit jener Entwickelung des praktischen Lebens, das durch jene Kunst zugleich wiedergespiegelt und gestaltet werden soll, gleichen Schritt gehalten? Diese für die Rechtswissenschaft entscheidende Frage müssen wir rundweg verneinen. Wir stecken mit unserer juristischen Technik noch im Mittelalter, als wäre jene ganze gewaltige wirtschaftliche Revolution hoch über den Köpfen der deutschen Ziviljurisprudenz beinahe spurlos weggebraust. Die deutsche Rechtswissenschaft ist, von guten Ansätzen abgesehen, im Grunde und tiefsten Kern historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv geblieben, statt modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv zu werden. Blicken wir, um dieses darzutun, einen Augenblick auf die Zeiten zurück, da der 1886 in Breslau verstorbene, zu seiner Zeit berühmte Vertreter der historisch-philologischen Richtung, der Rechtslehrer Huschke, rein auf dem Weg der philologisch-juristischen Konstruktion den Bovigus entdeckte. Den fünf Klassen der Servianischen Verfassung, so deduzierte er, müssen auch fünf Tierklassen als res mancipi entsprechen. Zu dem Stier, der zum Aufwühlen der Erde, dem Pferd, das der persönlichen Fortbewegung, dem Esel, der der sachlichen Bewegung und dem Maultier oder Maulesel, die der gemischten persönlich-sachlichen Bewegung dienen, wird „offenbar noch ein jumentum erfordert", das dem Menschen es abnimmt, daß er neben dem Pflug gehen, den Stier antreiben und die Pflugschaar leiten muß. Dieses ausgestorbene Tier hat vermutlich den Stier durch Rüssel und Stoßzähne angetrieben und den Pflug durch einen starken Schwanz gehalten. Den Namen Bovigus gab Huschke diesem Wesen von boa oder bova, der großen Schlange, die infolge der Rolle, die sie in der mosaischen Schöpfungsgeschichte beim Sündenfall spielte, ihrer Würde unter den Tieren beraubt, aus einer der höchsten Klassen unter die niedrigsten Tiere versetzt worden sei. Bekker (Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft S. 173) meint mit ernstem Spaß, das alles sei keine lächerliche Verirrung noch ein dummer Scherz, auch kein Produkt eines besonderen Wahnsinns, sondern Huschke wandle damit den nämlichen Weg, wie so und so viele Andere. Und damit hat Bekker Recht. Es ist die der Scholastik eigentümliche Mischung gelehrt-fleißiger philologischer Quellenforschung verbunden mit aprioristischer Konstruktionsgabe, die wir hier jenseits der allein das Wesen wahrer Wissenschaft ausmachenden exaktwissenschaftlichen Methode arbeiten sehen. Der Bovigus ist — so sehr das Ganze wie eine wohlgezielte Satire klingt — tatsächlich nur ein Gipfelpunkt jener Denkweise, die von der philologischen Begriffsjurisprudenz von jeher betätigt wurde, ob diese nun den Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen, oder die Kategorie der Voraussetzung oder neuerdings den besonderen Rechtsschutzanspruch entdeckte, ob sie die Eigentümerhypothek als undenkbar oder die verpflichtende Kraft der Auslobung als begrifflich unmöglich nachwies. Und es ist derselbe Weg, den sie heute noch wandelt mit ihren Untersuchungen über die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung oder über den Grund des Besitzschutzes, über die Frage, ob der Besitz ein Recht sei, ob eine juristische Person deliktsfähig sei, ob ein Forderungsrecht ein Recht auf eine Handlung, an einer Handlung, oder über eine Handlung sei und ob es ein Recht sei, das man außerkontraktlich verletzen könne, ob der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger oder des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse als juristischer Person sei, und mit tausend anderen „wissenschaftlichen" Fragen. Und was das schlimmste ist die philologisch-dialektische Konstruktionsmethode ist überwiegend die unserer Gesetzbücher und unserer Rechtsprechung bis auf den heutigen Tag.

Anton Menger (das bürgerliche Recht und die besitzenden Klassen 3. Aufl. Tübingen 04) hat die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts zu den zurückgebliebensten Gebieten unseres geistigen Lebens gezählt und die Jurisprudenz einer entlegenen Provinzstadt verglichen, in der die abgelegten Moden der Residenz noch als Neuigkeiten getragen werden. Während in den Naturwissenschaften und in der Heilkunde längst die Induktion die Deduktion verdrängt d. h. sie aus Begriffswissenschaften zu Beobachtungs- und Erfahrungswissenschaften gemacht hat, steckt die Rechtswissenschaft noch tief in der Scholastik der Deduktion und Spekulation. Zwar ist die äußere Form unserer Monographien, Lehrbücher und Kommentare nicht mehr ganz die der mittelalterlichen Rechtsschule und des mos Italicus:

Praemitto, scindo, summo casumque figuro
Perlego, do causas, connoto, objicio.

Aber im tiefsten Grund ist es noch dasselbe Schema, auf das die ergötzliche Beschreibung des Joh. Thom. Freigius in seiner Neuve Practica juris (1574) zutrifft: „Ich hab all meine Tage kein

seltsamere Logicam in docendo gesehen, denn derselbig apparatus ist; da muß man nur viel diktieren, große Bücher schreiben, Tinten und Papier versudeln ..... Zum dritten summiert man dann Legem ex Bartoli aut Baldi aut alterius opinione oder wohl aus dreien, vieren Doctoribus, deren summaria gleichwohl verworfen und von dem professore ein neues Summarium erdacht wird ... Und das sind die großwichtigen, entheblichen, trügenlichen Ursachen, die uns treiben aus unserem geliebten Vaterland der deutschen Nation den fremden ausländischen Schulen nachzulaufen; da heißt es dann billig: accipimus pecuniam et mittimus asinum in Germaniam." (Stintzing Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1, 109.)

Woher uns diese Verirrung des Menschengeistes kam, ist hieraus zu ersehen. Nie wäre der deutsche Geist von sich aus in diesen Wahnwitz verfallen, wie sich deutlich da zeigt, wo ein gemanisches Recht — das angelsächsisch-normannische Englands — sich so gut wie unabhängig vom römischen Recht entfaltet hat. Die philologisch-dialektische Methode kam zu uns im 16. Jahrhundert mit dem römischen Recht. Die Gestalt, in der dieses bei uns eindrang, war die der römischen Jurisprudenz mit ihrer besonderen durch die Glossatoren noch potenzierten Technik, wie sie zuerst von den römischen Rechtsgelehrten ausgebildet worden war. Die Blüte dieser Jurisprudenz hatte das 2. und 3. Jahrhundert unserer Zeitrechnung mit Papinian, Ulpian und Paulus gezeitigt. In Italien war aus der römischen Jurisprudenz die romanistische der Glossatoren geworden. Und diese Glossatorenjurisprudenz wurde in der Renaissance nach Deutschland verpflanzt. Die Renaissance, von der wir seither glaubten, sie habe die mittelalterliche Scholastik abgelöst, hat uns in Wahrheit in eine neue Scholastik gestürzt, in die des Humanismus. Und an dieser humanistischen Scholastik kranken wir bis auf den heutigen Tag, und zwar außer in unserer Erziehungsmethode auf keinem Gebiete so sehr, als in unserer humanistisch d. h. philologisch gebliebenen Rechtswissenschaft. Savigny (Vom Beruf unserer Zeit usw. 3. Aufl. S. 19 –21) rühmt von jenen römischen Juristen, daß ihre Größe in den leitenden Grundsätzen begründet sei, auf deren Besitz in unserer Wissenschaft aller Erfolg beruhe. Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft, meint er, waren die großen ihnen vertrauten wirklichen Werte. Darum eben habe ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht finde, und man könne ohne Übertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen. Und ihnen nachahmend sucht man auch heute durch eine Art Scheidekunst, wie es Ihering genannt hat, die Elemente, das Rechtsalphabet, auf. Das wissenschaftliche Verfahren, sagt Sohm in seinen Institutionen, durch welches man Obersätze findet, die in den Rechtsquellen nicht unmittelbar enthalten sind, kann mit dem Verfahren der Chemie verglichen werden. So komme man zur Konstruktion nach Analogien. „Durch diese Mittel erreicht die Rechtswissenschaft die Vollständigkeit und Lückenlosigkeit des Rechts." Von den gewonnenen Begriffen begehren wir zu immer höheren Begriffen aufzusteigen. Und aus diesem „idealen Instinkt" der Rechtswissenschaft ergebe sich das Suchen nach dem Rechtssystem d. h. nach einer Form der Darstellung, welche die ganze Masse des Rechts als die freie Entfaltung eines einzigen Begriffs, des Begriffs des Rechts, zur Anschauung bringe. „Dann wird der Stoff verschwunden sein, und der Gedanke hat als Sieger das Feld behauptet." Sah man aber gar in dem rezipierten corpus juris, also hauptsächlich in den im 6. Jahrhundert unserer Zeitrechnung zusammengestückelten, mittels Scheere und Kleister geistlos verbundenen Trümmern römischen Rechts-Schrifttums die geschriebene Vernunft, ein quasi-göttliches Recht, ein Dogma, so mußte man an ihm herum- und aus ihm herausdeuteln; genau so, wie man an einem Gesetz herumdeutelt, das man für das göttliche hält. Man könnte daher die philologisch-dialektische Konstruktionsmethode auch ganz gut die talmudistisch-jesuitische nennen. Und was am römischen Rechtsleichnam verübt wurde, das wurde im heute lebenden Recht fortgesetzt. Es ist jene sonderbare Paarung von historischer Gelehrsamkeit mit der Begriffswissenschaft früherer Jahrhunderte, von der sich die Naturwissenschaft, nicht aber die Rechtswissenschaft losgerissen hat. Und — um mit Waentig (Schmollers J. 02, 4. Heft S. 79) zu reden — genau so, wie uns heute die Disputationen der Chemiker des 18. Jahrhunderts über die Phlogistonlehre beinahe als alberne Märchen klingen, genau so werden unseren Enkeln unsere heutigen gelehrten Werke und unsere Entscheidungsgründe als Verirrungen erscheinen. Heute aber schreien die juristischen Pfaffen Feurio! (vgl. Professor Landsberg in der deutschen Jur Z. 05, S. 921), wenn man an diese Dinge rührt, genau so, wie sie einst gegen Montaigne und Bayle, gegen Thomasius, Voltaire und Beccaria Feurio! riefen, und ohne Folter und Hexenprozesse nicht auszukommen wähnten. Rufen nicht auch die Pfaffen der eigentlichen klassischen Philologie Feurio! wenn man an ihre Antike rührt? Und selbst wenn ganze Kongresse von Juristen zusammenträten und alles als in bester Ordnung befindlich erklärten, so hätte das den nämlichen Wert, wie wenn die Theologentage die traditionelle Konfession und unseren sog. Religionsunterricht für unangreifbar proklamieren. Man hat auch die — nach meiner

Ansicht mit unserer Frage innerlich untrennbar zusammenhängende — Justizreform, deren Unverschieblichkeit nur ein Blinder nicht sieht, damit diskreditieren wollen, daß man ihren Vorkämpfern vorwirft, sie hätten dem Ansehen der Justiz in bedauernswerter Weise geschadet. (Vgl. im „Recht" 07 S. 733.) Bedenken wir, daß es noch kein Jahrhundert her ist, daß in Europa die letzte Hexe verbrannt wurde und daß erst Friedrich der Große in Preußen die Tortur aufhob, die in einzelnen deutschen Staaten bis ins vorige Jahrhundert hinein sich erhielt, alles gehütet von den Schriftgelehrten, so kann uns das Zetern der juristischen Zionswächter nicht beirren.

Es war ein Franzose, der das erste große Feuer in dieser Geistesnacht anzündete, Gény Méthode d'Interprétation (Paris 1899). Manches Wetterleuchten ging in Deutschland voran, und Ihering, Bekker und zahlreiche andere deutsche Juristen werden fortgesetzt von dem Franzosen zitiert. Ihering hatte gesagt: Durch das römische Recht über es hinaus. Gény (S. 588) ruft daran anknüpfend: Par le code civil mais au delà du code civil! Durch das Bürgerliche Gesetzbuch aber über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus! Gény hat das Verdienst, die neue Methode in großzügigem Aufbau klargelegt zu haben, bevor in Deutschland Ehrlich, Stammler, Stampe, Rumpf und Andere seinen Bahnen folgten. Wem das Wesen der Scholastik noch nicht aufgegangen ist, der wird es nicht fassen, daß wir eine Methode, die die Römer schon selbst, bevor ihre Jurisprudenz scholastisch wurde, nicht nur kannten, sondern übten, — ihr Satz jus est ars boni et aequi sagt alles — jetzt im Kampf gegen eine romanistische Jurisprudenz wieder erstreiten müssen. Zwischen römischem Recht und romanistischer Jurisprudenz besteht vergleichsweise ein ähnlicher Gegensatz wie der Lessingsche zwischen der Religion Christi und der christlichen Religion. So wenig Christus die seinen Namen tragende Kirche irgend wiedererkennen würde, so verwunderte Augen würde der römische Prätor machen, wenn sie auf die heutigen juristischen Werke oder Urteile fielen.

Um was handelt es sich bei der neuen Methode? Der Richter steht unter dem Gesetz. Niemand bestreitet, daß überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist. Das sind aber nicht die Rechtsfälle, die unsere zahlreichen Bände von Entscheidungen des Reichsgerichts und der anderen Gerichte füllen; sondern diese beschäftigen sich mit den Fällen, wo das Gesetz unklar ist oder schweigt, wo es also eine jener hundertfältigen Verschlingungen des praktischen Lebens nicht trifft. Woher aber holt der Richter die Entscheidung, wenn das Gesetz für den Fall zweifelhaft ist oder schweigt?

Bis daher sagte man: die einzige Quelle der juristischen Entscheidungen ist das Gesetz, dieses muß ausschließlich aus sich selbst, aus seinen Worten, seinem Zweck, seiner Entstehungsgeschichte philologisch-dialektisch erklärt werden. Durch diese Hilfsmittel kommt man dazu, entweder aus einer gesetzlichen Bestimmung für einen anderen Fall das Gegenteil oder das Gleiche abzuleiten — zu konstruieren. Das Argument aus dem Gegenteil und das Argument aus der Analogie sind die beiden Pole dieser Konstruktionsjurisprudenz. Welches von beiden einander entgegengesetzten Argumenten im Einzelfall schließlich den Ausschlag gibt, das richtet sich in erster Linie nach dem Wortlaut (grammatische und logische Interpretation) und dem Geist des Gesetzes oder dem Willen des Gesetzgebers, dem man auch aus den Vorarbeiten zu dem Gesetz nachspürt. Die Billigkeit, das allgemeine Wohl, das Gesamtinteresse der Beteiligten, die soziale Gerechtigkeit, das allgemeine Rechtsbewußtsein sind nicht die Instanzen, die in solchen Fällen in erster Linie zu befragen sind. Nicht das sind die eigentlichen „Rechtsquellen", sondern — und das beleuchtet den Kampfplatz wie mit einem Schlaglicht — „Rechtsquellen" ist geradezu ein Fachausdruck für die Gesetzbücher geworden. Die juristische Konstruktion erweckt den Schein, daß nichts der Willkür des Richters überlassen sei. Montesquieu hatte in seinem „Geist der Gesetze" die Trennung der Gewalten als das große fundamentale moderne Prinzip offenbart, also jede im Kern gesetzgeberische Schöpferkraft des Richters als Richterwillkür verdammt. Ihren klarsten Ausdruck hat diese Trennung im Preußischen Landrecht gefunden. Bei Entscheidung streitiger Rechtsfälle soll nach ihm der Richter dem Gesetz keinen anderen Sinn beilegen, „als welcher aus den Worten und dem Zusammenhang desselben in Beziehung auf den streitigen Gegenstand oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellt". Ursprünglich sollte sogar, sobald ein begründeter Zweifel aufstieg, diesen nicht der Richter, sondern eine besondere Interpretationsbehörde, die Gesetzkommission, entscheiden, die aber schon durch eine Kabinetsorder vom 8. März 1798 wieder aufgehoben wurde. Die Methode des Richters, sagt Stuart Mill in seinem System der Logik, ist ausschließlich die Methode des Syllogismus. Der Richter ist also darnach ein Subsumtions-Automat. Das Gesetz hat keine Lücken, suchet im Text und deduzieret und konstruieret, ihr werdet finden. Die traditionelle juristische Methode führt zu einem Wortgötzendienst, als wäre nicht das Gesetz des Menschen willen da, sondern der Mensch des Gesetzes willen. Also neben Rechtsgeschichte vor allem Logik und juristische Mathematik getrieben! Alles wird aufs feinste in Kategorieen eingeschachtelt und das

vielgestaltige Leben in ausgeklügelte Schulbegriffe eingefangen. Ist aber das Leben logisch? Die Antwort ist die nämliche wie bei der Frage: ist die Sprache logisch? Ja und Nein. Ein unlogischer Mensch ist auf wissenschaftlichem Gebiet der schrecklichste der Schrecken — mit Ausnahme des überlogischen, des spitzfindigen. Die Logik, die der Jurist braucht, ist keine andere als die aller anderen Wissenschaften. Sie ist dem gescheiten Menschen angeboren. Sie ist nicht besonders einzutrichtern, sie wird von ihm ohne weiteres im Verkehr erworben, wie das Sehen und Gehen, die Sprache und das zweckmäßige Handeln. Diese Logik haben auch alle vernünftigen Mitbürger, deren Meinung zusammengenommen man die öffentliche nennt. Die sog. öffentliche Meinung mag oft irren und Volksstimme ist bei weitem nicht immer Gottesstimme. Einer schlecht aufgeklärten öffentlichen Meinung darf der Richter sowenig folgen wie der Gesetzgeber. Der Jurist mit seinem verfeinerten Rechtsgefühl muß in Rechtsdingen Führer sein. „Ich bin ihr Führer, also muß ich ihnen folgen" sagt keine wahre Persönlichkeit, die diesen Namen verdient. Aber in der Menge der zweifelhaften Rechtsfälle — ich spreche hier stets von den im Recht, nicht von den in den Tatsachen streitigen Sachen — ist der der gemeinen Meinung der gescheiten Menschen entsprechende gesunde Menschenverstand, das allgemeine Rechtsgefühl, eine nicht nur beachtenswerte, sondern die in der ersten Linie zu befragende Rechtsquelle. Sie muß geprüft werden an den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit und Billigkeit. Wenn also z. B. im Handelsrecht eine Rechtsfrage streitig wird, so wäre in erster Linie darnach so zu fragen: was ist vom Standpunkt eines zur Vertretung der legitimen Gesamtinteressen des Handels Berufenen das für die Allgemeinheit richtigste? Alle Rechtsauslegung muß dem Zweck des Rechts dienen und dieser Zweck ist, wie Gény (S. 540) es ausdrückt, réaliser la fin sociale de l'humanité. Das allgemeine und erste Mittel zur Erreichung dieses Zwecks besteht darin, die realen Interessen zu erkennen, die sich in der zu entscheidenden Streitfrage einander gegenüberstehen, und sie „gewissermaßen auf der Wage der Gerechtigkeit gegen einander abzuwägen". Also mit andern Worten genau so zu verfahren, wie der Gesetzgeber verfahren würde, hätte er die Frage zu entscheiden. Die neue Methode ist zum erstenmale gesetzgeberisch formuliert in Art. 1 des Entwurfs zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch.

Dieser lautet mit dem Marginale:

„Die Grundlage der Rechtsprechung."

Art. 1.

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält.

Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung.

Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen müßte.

Man könnte den § 1 eines jeden Gesetzbuches auch so fassen, daß man den Kern der gesetzgeberischen Tätigkeit hinein nimmt, also etwa:

Wo das Gesetz für einen Fall keine klare Vorschrift enthält und sich noch kein Gewohnheitsrecht oder bewährter Gerichtsgebrauch gebildet hat, sind die sich einander gegenüberstehenden Interessen zu erforschen und abzuwägen, welches Interesse vom Standpunkt der allgemeinen Wohlfahrt aus das vorwiegende ist.

Wie ganz anders würden dann unsere „wissenschaftlichen" Werke und Entscheidungsgründe sich gestalten! Es wäre, ähnlich wie die zu erstrebende Umgestaltung unseres Zivilprozesses zur wahren Unmittelbarkeit, eine Rückkehr zur Natur. Die „Natur der Sache" würde wieder in ihre Rechte eingesetzt. Die Natur der Sache und jene „Quellen" des Gemeinwohls, der Gerechtigkeit und Billigkeit, wirft man ein, sind doch jetzt schon in unseren Entscheidungen vielfach beachtet und liegen vielen von ihnen zu Grunde. Das ist richtig, aber es geschieht bei weitem nicht immer oder gar in erster Linie, es geschieht nicht grundsätzlich und nicht auf dem Weg freier und offener Erklärung, sondern durch die Hintertüre einer Auspressung der Gesetzesworte und einer gänzlich verfehlten Hereinziehung der gesetzgeberischen Vorarbeiten. Welche weitgehenden praktischen Wirkungen dieser grundsätzlich verschiedene Ausgangspunkt hat, werden wir noch sehen. Die neue Methode sagt dagegen: das Gesetz ist auf die Entscheidung zu beschränken, die es gibt. Oft wird es durch die Gewohnheit und Verkehrssitte ergänzt. Wo auch diese fehlen, hat der Richter alle logischen Interpretationskünste und Begriffsschachtelungen bei Seite zu lassen und selbst die sozialen Elemente zu erforschen, aus denen er eine Regel bilden will.

Das sind die wesentlichen Ergebnisse der von Gény eingehend begründeten modernen juristischen Methode. Diese erfordet einen ganz anderen Apparat als die der alten Methode zu Grunde liegende Rechtsgeschichte und Systematik oder Dogmatik, nämlich vor allem die Einführung der nationalökonomischen und soziologischen Wissenschaften als Grundwissenschaften in die Jurisprudenz, ähnlich wie Anatomie und Physiologie die Grundwissenschaften der Heilkunde sind und nicht etwa die Arzneimittellehre.

Zwei Einwürfe hat man gegen die Methode erhoben: erstens sie bringe Richterwillkür anstelle der Sicherheit, und zweitens sie enthalte gar nichts neues, es sei immer so gewesen. Die beiden Vorwürfe heben einander wesentlich auf. Sie sind beide schon im Vorhergehenden kurz widerlegt. Es verlohnt sich aber, sie noch etwas näher zu betrachten.

Die Richterwillkür zunächst, die man von der neuen Methode befürchtet, ist eine reine Täuschung. Nicht nur ist die Rechtsprechung überwacht durch einen grundsätzlich aus den Besten und Erfahrensten zusammengesetzten höchsten Gerichtshof, sondern es ist viel willkürlicher, was jetzt alles in den Text und den sog. Geist des Gesetzes — meist der Herren eigener Geist — hineingelesen wird, wenn zwischen dem Argument aus dem Gegenteil und dem aus der Analogie Fangball gespielt oder unter den verschiedenen Lösungen eine ausgewählt wird. Wenn ich einen Prozeß mit einer im Gesetz nicht entschiedenen streitigen Rechtsfrage hätte, wollte ich tausendmal lieber ihn von Männern entscheiden lassen, die nach Gerechtkeit abwägen, als von solchen, die am Buchstaben und an den Entwürfen und an den Kommissionsdebatten herumnagen, um einen Willen des „Gesetzgebers" zu finden. Und selbst wenn man die das Wesen des Gesetzes völlig verkennende Motivenuntersuchungsmethode ganz beiseite läßt und das Gesetz nur aus sich selbst erklärt, aus seinem eigenen Geist, verkennt man das innerste Wesen des Rechts. Man bleibt sich dabei nämlich nicht bewußt, daß das Recht etwas Lebendiges, also sich von selbst Bewegendes und sich Umbildendes ist. Die Kodifikationen sind im großen und ganzen von säkularer Dauer. Der Geist, der zur Zeit der Einführung eines BGB. herrscht, herrscht doch nicht mehr nach hundert Jahren. Er bildet sich allmählich um, und ist schließlich ein ganz anderer. Also ist es doch völlig verkehrt, die Lücken eines Gesetzes nach dem Geist der Zeit seines Erlasses zu ergänzen! Aber für das Recht ist Leben nicht nur sich bewegen und sich umformen, sagt Gény (S. 384), sondern noch etwas mehr: nämlich kämpfen. Das Recht muß sich fortgesetzt und vollständig den fortschreitenden Bedürfnissen des sozialen Lebens anpassen. Das juristische Leben muß in sich selbst ein Instrument haben, das immer für diese Angleichung tätig ist, und das ist die schöpferische Rechtsauslegung. Das moderne Leben wartet nicht, bis der gesetzgeberische Apparat mit periodischen Revisionen oder, wie bei den Römern, mit prätorischen Edikten, eingreift. „Das Leben der Völker, ihre Bedürfnisse und Anschauungen sind stets wechselnde, das Recht also, als die Ordnung der gesamten menschlichen Verhältnisse, muß gleichfalls ein stets wechselndes und mit jedem neuen Lebensverhältnis neu sich gestaltendes und werdendes sein." (Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen S 64.) Nur durch eine solche schöpferische Auslegungsmethode kann das positive Recht seine Mission erfüllen, sich den allmählich durchringenden Fortschritten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens zu öffnen und sie mitgestalten zu helfen. Nur durch diese schöpferische Methode wird die Rechtswissenschaft wieder zu ihren hohen Platz in der Rangordnung der Wissenschaften und ihr Studium auf eine höhere Stufe gehoben.

Jetzt verdient die Privatrechtswissenschaft und ihr Studium die Vorwürfe Anton Mengers. „Sagen wir es uns einmal ehrlich, warum wir diese beschämenden Vorwürfe bekommen, gestehen wir es uns, das wir die Jurisprudenz nicht als Wissenschaft gelernt und behandelt haben, wir haben sie nie als Erfahrungswissenschaft angesehen, der Apriorismus der klassischen Schule hat dies von uns fern gehalten." (Groß, Kriminalpsychologie 2. Aufl. S. 7.)

Die hergebrachte Methode mit ihrer esoterischen Gelehrtheit und Technik hat uns, was deren Anhänger offenbar nicht ahnen, um jeden Kredit bei dem interessierten Publikum gebracht. Fragt die Kaufleute, was sie von euren dialektischen Streitereien, euren historisch-kritischen Betrachtungen und eurer Buchstabeninterpretation halten, die ihr durch die Erforschung des „wahren Willens des Gesetzgebers" verschleiert. Sie denken genau, wie jener als Handelsrichter erfahrene Kaufmann, der in einer Versammlung seiner Berufsgenossen unter deren lautem Beifall die Errichtung eines Schiedsgerichts für alle Streitigkeiten seiner Branche mit den Worten begründete: Wie spielt sich denn heute ein Handelsprozeß ab? Der eine Berufsgenosse geht zu seinem Anwalt, der versteht von der Sache nichts, läßt sich notdürftig belehren und erhebt die Klage. Der andere Berufsgenosse geht dann zu seinem Anwalt, der versteht von der Sache auch nichts, läßt sich notdürftig belehren und fertigt die Klagebeantwortung. Und nun endlich gehen die beiden vor einen Dritten, den Richter, und der versteht von der Sache erst recht nichts, und der soll urteilen. Es gilt, durch eine Umgestaltung unserer Wissenschaft und Rechtsprechung zu einer lebenswahren und lebensvollen das tatsächlich weiter, als wir glauben oder uns gestehen wollen, geschwundene Vertrauen des Publikums an unsere Überlegenheit zurückzugewinnen. Alle Überlegenheit beruht aber auf besserer Sachkunde. Deshalb brauchen wir eine lebenswahre reale Methode, um den Urgrund aller Gerechtigkeit und das Allgemeininteresse zu erreichen; ohne das gibt es kein Recht, das dieses Namens würdig wäre. Also fort mit dem Wort-, Kategorie-, Konstruktions- und Motivenkampf, mit der ganzen altfränkischen Glossatoren-Jurisprudenz und die reale Interessenwägung an ihre Stelle!

Von dem zweiten Vorwurf, daß die neue Methode nichts neues biete, sagt Gény, er nehme den

Vorwurf gerne an, verlange aber von denen, die ihn erheben, daß sie nun ihrerseits auch offen die Konsequenzen ziehen und den blinden Textkultus ablegen. Der beste Prüfstein dafür ist, ob der, der in der neuen Methode nichts neues findet, bereit ist, als eine der beiden Grundwissenschaften der Jurisprudenz — die andere, die für das Tatsachengebiet, ist die Psychologie — die Soziologie im weitesten Sinn einschließlich der Nationalökonomie anzuerkennen; womöglich nicht von reinen abstrakten Theoretikern, sondern von Männern gelehrt, die im schaffenden Leben gestanden haben. Wir können indes in der Annahme des Vorwurfs der Nichtneuheit hier leider für Deutschland Gény nicht folgen. Der code civil hat schwere Mängel verschiedenster Art, aber er hat keinen „Allgemeinen Teil" im Sinne deutscher Lehrbücher und unseres BGB., er hat fast keine doktrinären Definitionen und keine abstrakte Kasuistik. Kurz und bündig stellt er elastische Sätze auf. Die französische Judikatur aber unter Führung des Kassationshofes verstand es mit einem für unseren pedantischen Geist erstaunlichen Geschick das Gesetz auf die ein Jahrhundert nach seinem Inkrafttreten gänzlich veränderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse anzuschmiegen, ja diese durchkämpfen zu helfen.

Wie ganz anders ist die deutsche Rechtswissenschaft, das deutsche BGB., die deutsche Justiz geartet, die noch ganz in Pandektengeist stecken! Über den materiellen Wert des römischen Rechts, meint Savigny, können die Meinungen sehr verschieden sein, aber über die Meisterschaft in der juristischen Methode seien alle einig, die darin eine Stimme haben. Eine solche Stimme aber spricht er nur denen zu, die mit literarischem Sinn die Quellen des römischen Rechts lesen. Die es bloß aus Lehrbüchern oder Vorlesungen kennen, also vom Hörensagen, selbst wenn sie einzelne Beweisstellen nachgeschlagen haben mögen, hätten keine Stimme. Es wäre viel wert, wenn sämtliche deutschen Praktiker einen Fragebogen ausfüllten, ob sie die „Quellen" des römischen Rechts „literarisch" gelesen haben. Und wenn sie ehrlich Bekenntnis ablegten, ob sie, was sie vom römischen Recht gelernt, sich aus einem anderen Grund zeitweise eingeprägt haben, als aus dem, weil es in der juristischen Prüfung verlangt wurde. Eine solche Statistik würde ein gewaltiges Trugbild enthüllen, das vermeintliche Quellenstudium des römischen Rechts würde als reines Suggestion entlarvt. Es ist also nicht das tatsächlich getriebene Studium der römischen Jurisprudenz selbst, das an unserer praktischen Justiz hängen geblieben ist, sondern die romanistisch-glossatorische Methode hat sich längst der Wissenschaft des heutigen Rechts bemächtigt. Und diese Glossatorenjustiz ist es, die bis auf den heutigen Tag unsere Gesetze und unsere Rechtsprechung beherrscht.

Ich kann hier zur Beleuchtung nicht näher auf den Geist des BGB. eingehen. Für seine Kennzeichnung genügt es, zu lesen, was der führende Planckische Kommentar (3. Aufl. 1, 48 ff.) über die von den Verfassern des BGB. beabsichtigte Regelung der Beweislast für die Normen sagt, in denen die gesetzliche Regel in einen Bedingungssatz (mit „wenn", „sofern", „soweit" usw.) gekleidet ist. Regel: das in dem Bedingungssatz Stehende muß von dem bewiesen werden, der sich auf die Regel beruft. Ausnahme: beim negativen Bedingungssatz kommt es darauf an, an welcher Stelle das „nicht" steht. Steht es unmittelbar hinter dem Bedingungswort, so muß nicht der sich auf die Regel Berufende die Negative, sondern sein Gegner die Positive beweisen. Wenn das „nicht" aber weiter hinten steht, ist die Sache umgekehrt. Ausnahme der Ausnahme: wenn zwischen dem Bedingungswort und dem „nicht" nur ein persönliches Fürwort steht, wird es ebenso beurteilt, wie wenn das „nicht" unmittelbar hinter „wenn" stünde. Diese Philologie konnte aber nicht einmal der Sprache des Gesetzbuchs selbst durchgehends Zwang antun, geschweige den Gestaltungen des praktischen Lebens. Planck hat schon einen Fall gefunden, der nicht paßt (§ 284 Abs. 1 BGB.), andere haben mehr gefunden. Man kann nur jedem Juristen empfehlen, irgend ein Kapitel aus irgend einem anderen Gesetzbuch aus alter oder neuer Zeit, sei es aus dem Allg. Preuß. Landrecht oder aus dem österr. Gesetzbuch, aus dem code civil oder aus einem Schweizerischen Gesetzbuch, mit dem entsprechenden Abschnitt des BGB. vergleichend zu lesen. Jedes Wort der Kritik ist dann überflüssig; wenn ihrs nicht fühlt, ihr werdets nicht erjagen. Doch die Justiz könnte ja besser sein als das Buch. Sie ist es aber nicht, sie gleicht dem Geist, den sie begreift. Wer dies an unseren Gerichtsurteilen einzelnen nachweisen wollte, müßte nicht ein Buch, sondern Bücher schreiben. Es gäbe schon ein dickes Buch, wenn man die alte Methode auch nur an einem einzigen und zwar an irgend welchem Band der Entsch. des RG. oder der Entsch. der OLG. durchgehends aufzeigte oder an den Urteilen der Landgerichte irgend eines Oberlandesgerichtsbezirks in irgend einem Jahr. Sogut wie sämtliche in den öffentlichen Sammlungen enthaltenen Entscheidungen unserer Gerichte sind philologische und nicht soziologische Entscheidungen. Nur hie und da erquickt eine Oase den, der lechzend durch diese endlose Sandwüste wandert.

Öfters aber begegnet man auch Zwischenstufen. Die rein philologischen Juristen fragen entweder gar nicht nach der Vernünftigkeit des von ihnen an der Hand der Materialien und der Ausdeutung des Gesetzestextes gefundenen Ergebnisses. Oder sie möchten wohl dem wahren Recht helfen, sie

glauben sich aber zu ihrem Bedauern daran gehindert durch einen vermeintlichen mit dem alten Konstruktionsapparat gefundenen Willen des Gesetzes oder des Gesetzgebers. Diese zweite Art sind die philologischen Juristen wider Willen. Endlich aber gibt es auch noch solche, die im geheimen den Wein der soziologischen Interessenwägung trinken, öffentlich aber das Wasser der philologischen Konstruktion predigen. Sie machen die halsbrecherischsten Verrenkungen, nur um die gerechte Entscheidung als vom Gesetzgeber „gewollt" ausgeben zu können. Läßt sich dafür nichts finden, und sie wollen doch ihrem gesunden Rechtsgefühl folgen, so klammern sie sich z. B. im Vertragsrecht an einen vermeintlichen Willen der Partei oder an die über diesen hinausgehende Rücksicht auf Verkehrssitte und Treu und Glauben bei Vertragserfüllung. Ich möchte die Methode dieser dritten Kategorie die pseudo-philologische oder krypto-soziologische nennen. Von ihr gilt das Wort von den „eigentlichen" Entscheidungsgründen, das sind nämlich die, die nicht im schriftlichen Urteil stehen. Auch diese Spielart von philologischer Jurisprudenz ist nicht etwa bloß der Form nach abstrus und von jeder Volkstümlichkeit verlassen, sondern sie birgt in ihrer inneren Unwahrhaftigkeit auch Gefahren, die wir noch an Beispielen zeigen werden. Von allen philologischen Methoden der Jurisprudenz aber gilt, was Locke von der Philosophie sagt („Essay über den menschlichen Verstand" Vorwort):

> „Wie viel mehr würden die Wissenschaften an ihrem Flor gewonnen haben, wenn nicht eine gelehrte Barbarei und eitler Wortwust, deren man sich als Kunst und Gelehrsamkeit rühmte, und wobei die Philosophie, die doch in echter Sachkenntnis nur einzig bestehen sollte, mit dem volkstümlichen Lebensgebrauch für völlig unvereinbar angesehen wurde, die Bestrebungen fleißiger und fähiger Menschen aufgehalten hätte."

II.

Das Reichsgericht und die neue Methode.

Als das RG. das erste Vierteljahrhundert seiner Tätigkeit feierte, hallte die periodische juristische Literatur von Jubelhymnen wieder, als ob alle Blütenträume gereift seien, die man mit dem Areopag des deutschen Volkes erwarb. Kein Mißton trübte die Festesfreude, und doch konnte man von aufrichtigen und den Dingen auf den Grund sehenden Berufsgenossen hie und da die bange Frage hören, warum denn bei rein praktischen Streitfragen, die man geradesogut so oder anders „konstruieren" kann, das RG. so oft auf die unpraktische Seite gefallen sei. Das BGB. konnte daran nicht schuld sein, denn das RG. hat es mit dem code nicht besser gemacht. Mein erster Fall, den ich als Rechtsanwalt zu behandeln hatte, war der, daß eine arme Näherin infolge mangelhafter Beleuchtung einer Treppe herabstürzte, sich schwer verletzte und einige Monate im Krankenhause liegen mußte. Sie verdiente nicht mehr als gerade ihren Unterhalt, wurde auf Kosten einer Krankenkasse während ihrer Krankheit verpflegt, konnte also keinen „materiellen" Schaden nachweisen. Hätte sie auch nur einige hundert Mark bekommen, so wäre sie zwar nicht für ihre ausgestandenen Schmerzen und den Verlust von einigen Monaten Lebensfreude entschädigt gewesen, aber ein wenig hätte sie doch dieses Passivsaldo damit ausgleichen, sie hätte sich vielleicht eine kleine Erholungsreise gönnen können. Halt, rief es mir entgegen, das Reichsgericht, von dessen Entscheidungen damals die ersten zehn Bände erschienen waren, hat bereits den von der französischen Judikatur ausgebildeten dommage moral für das badisch-französ. Recht verworfen. Es ist noch heute lehrreich, die kurze Entsch. (7, 295) nachzulesen. Es bestehe, heißt es, kein Grund anzunehmen, daß das Gesetz etwas anderes als den Schaden gemeint habe, der fähig sei, durch Geld ersetzt zu werden. Der Zuspruch einer Geldsumme wäre in solchem Falle nicht die vom Gesetz gewollte Entschädigung, sondern eine reine Privatstrafe (!), die beim Mangel einer bezüglichen Gesetzesbestimmung „als statthaft nicht erachtet werden kann". Das Gesetz sagt in Art. 1382:

> Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le reparer.

Ich zweifle nicht daran, daß die, welche so Recht sprachen, darauf eine erhöhte Meinung von sich selbst und der hohen deutschen gelehrten Justiz gegenüber der französischen hatten. Das RG. hat daran festgehalten. Und dies angesichts der wahrhaft mustergiltigen soziologischen Jurisprudenz, mit der der Pariser Kassationshof das Mittel des dommage moral ausgebildet hatte. Eine Rechtserziehung und Rechtsprechung, die solche Früchte zeitigt, muß im Kern verfehlt sein. Verstand, Herz, Gemüt können normale Menschen unmöglich so verlassen haben, ohne daß künstlich eine partielle geistige Verwirrung in ihnen angerichtet ist. Eine Justiz, die zu etwas derartigem fähig ist, im bewußten Gegensatz zu der Rechtsprechung einer großen Kulturnation über dasselbe Gesetz, ist untauglich und ihre Träger müßten infolge ihrer verkehrten Rechtserziehung sämtlich als befangen abgelehnt werden. Die Versagung des dommage moral durch das RG., das ist die deutsche philologisch-dialektische Jurisprudenz gegenüber der französischen soziologisch-ethischen. Seit jener Entscheidung ist es jetzt gerade ein Vierteljahrhundert her. Ist es seither besser geworden? Ich nehme die mir soeben zugehende Nr. 14 der JW. vom 15. 7. 07 zur Hand.

Ich lese da eine Entscheidung (S. 480 Nr. 13), die eine fahrlässige Tötung durch einen ins Rollen gebrachten Wurzelstock betrifft. Es wäre aber, wie wir gleich sehen werden, das nämliche, wenn es sich um einen Automobilunfall, ja um einen Mord handeln würde. Darnach soll folgendes „Recht" sein: Wenn ein Automobilist ein Kind überfährt und zum Krüppel macht, wird sein Vater für Heilungskosten und erhöhte Auslagen, das Kind für etwaige spätere Erwerbsbeschränkung entschädigt. Wenn er aber das Kind sofort totfährt, geht er zivilrechtlich in der Regel ganz frei aus. Selbst wenn der getötete Sohn schon 16 Jahre alt war und seinen Verdienst seinem Vater abgab, erhält dieser doch keine Entschädigung. Die entgegengesetzte vernünftige soziologische Auslegung des OLG. Köln wurde vom RG. in der erwähnten Entscheidung für rechtsirrig erklärt, weil eine „Bedürftigkeit" des Vaters nach § 1603 BGB. darzutun sei und es nicht darauf ankomme, was der Sohn von seinem Verdienst tatsächlich abgegeben habe, sondern was er kraft Gesetzes habe leisten müssen. Mir sind Fälle bekannt, wo eine Arbeiterfamilie mit Hilfe ihrer zahlreichen heranwachsenden Kinder, die alle ihren Lohn nach Hause brachten, allmählich ein Häuschen abbezahlte und sich ganz wacker heraufarbeitete. Der Mann allein hätte das nie gekonnt, er war aber auch nicht „bedürftig". Ihm hätte Jemand nach der Philologie des RG. zivilrechtlich folgenfrei seine sämtlichen Söhne und Töchter wegschießen können, unter der einen Voraussetzung, daß er gut zielte. Der Feurioruf drängt sich einem allerdings auf die Lippen, aber nicht gegen die schöpferische, sondern gegen die eunuchenhafte Jurisprudenz.

Nicht bloß aus jedem Band, sondern aus jedem Heft der Entscheidungen des Reichsgerichts lassen sich an zahlreichen Beispielen die Verheerungen der scholastisch-philologischen Methode aufzeigen. Machen wir aufs Geratewohl die Probe mit dem soeben erschienenen letzten Heft (Bd. 64 Heft 3). Wir finden da folgende Entscheidungen, an denen wir die Verschiedenheit der alten und neuen Methode beleuchten wollen.

1) Nr. 81 S. 323.

a) Rechtsfall.

Die Klägerin hatte bei Benutzung der großen Berliner Straßenbahn durch den Zusammenstoß zweier Wagen eine Verletzung an der linken Hand erlitten. Die Straßenbahn vergütete ihr nur die Heilungskosten. Sie klagt mit Zustimmung ihres Mannes auf eine Entschädigungsrente wegen dauernder Verminderung ihrer Erwerbstätigkeit. Sie habe, soweit ihr die Besorgung des kleinen Haushalts dazu Zeit gelassen, sich mit der Bemalung von Galanteriesachen beschäftigt und damit 10 Mark wöchentlich verdient; an der Fortsetzung dieser Tätigkeit sei sie durch die Folgen des Unfalls gehindert. Die Beklagte macht dagegen geltend, die Klägerin könne Ersatz dafür nicht verlangen, weil die Malereiarbeiten nicht Ausfluß einer eigenen, von ihr unternommenen gewerblichen Tätigkeit seien, sie vielmehr nur als Gehilfin bei dem Gewerbe ihres Mannes mitgewirkt habe.

b) Entscheidung.

I. LG. Berlin: Der Klägerin wird eine Rente von 4,50 Mk. wöchentlich zugebilligt. Die Klägerin sei unmittelbar auch selbst geschädigt, nämlich um einen Teil des auf 9 Mk. wöchentlich geschätzten Werts ihrer Arbeit für ihren Mann und zwar nach Schätzung des Gerichts um die Hälfte dieses Werts. Es wurde auf einen früher entschiedenen Fall (RG. 47, 84) hingewiesen, in dem ausgeführt ist, daß die Erträgnisse der gewerblichen Beihilfe der Frau einen Teil der Einkünfte bilden, aus denen der Ehemann den Unterhalt der Familie und namentlich auch der Ehefrau zu bestreiten habe. Die Schmälerung des Geschäftsverdienstes bringe daher regelmäßig auch eine Beeinträchtigung des Unterhalts für die Ehefrau mit sich.

II. Kammergericht. Die Klägerin erhält eine Rente von 9 Mk. zugebilligt.

Bei dem, was die Klägerin bei ihrer Malereiarbeit verdient habe, handle es sich um Vorbehaltsgut nach § 1367 BGB.; der ganze Verlust durch den Unfall mit 9 Mk. wöchentlich stelle daher einen eigenen Schaden der Klägerin dar.

III. RG. Auf Revision der Beklagten: Aufhebung und Zurückverweisung in die zweite Instanz. Aus der Behauptung der Klägerin und ihres Mannes, sie seien beide Galanteriemaler, und aus dem zweitinstanzlichen Vorbringen der Klägerin, ihr eigener Erwerbsverdienst sei von ihr selbständig verwendet worden und sie habe die Ersparnisse davon für ihren Sohn auf einer Sparkasse angelegt, sei nicht zu entnehmen, daß die Frau selbständig die Galanteriemalerei in eigenem Namen betreibe. Nur, was die Frau durch Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, ist Vorbehaltsgut (§ 1367 BGB.). Zu Arbeiten im Geschäft des Mannes dagegen ist die Frau außer den Arbeiten im Hauswesen verpflichtet, wenn es nach den Lebensverhältnissen der Gatten üblich ist. (§ 1356 Abs. 2 BGB.) Was durch solche Arbeit verdient wird, gehört dem Manne. Es ist unwesentlich, daß es sich hier bei den Arbeiten der Klägerin um eine Tätigkeit gehandelt hat, die einige technische Fertigkeit und ein gewisses Maß von Ausbildung des Geschmacks und Schönheitssinns erfordert. Darnach wäre die ganze Klage der Frau an sich abzuweisen. Es wird aber die Sache nochmals an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil das Vorbringen der Frau wohl dahin aufzu-

fassen sei, daß sie im Geschäft ihres Mannes als Gewerbsgehilfin gegen Entgelt gearbeitet habe. (!) Es folgt dann eine Erörterung der Auffassung von Schriftstellern, wonach das Entgelt in solchem Falle als eine reine Schenkung (!) und nicht als Vorbehaltsgut, sondern als eingebrachtes Gut der Frau anzusehen sei. Das RG. meint unter Bezug auf die „Protokolle", diese Auffassung könne unter Umständen zutreffend sein, sei es aber regelmäßig nicht. Es brauche deshalb nicht erörtert zu werden, ob das Klagerecht der Frau auch dann bestünde, wenn die Vergütungen als Schenkungen anzusehen wären.

c) Kritik: Arme Frau! Jetzt kann die Berufungsinstanz wieder angehen, die Sache also, die in erster Instanz wegen der Beweisaufnahme mindestens zweimal verhandelt wurde, zum mindestens fünftenmal verhandelt werden und noch ist kein Ende abzusehen. Der Verdienst ist entgangen, die Frau klagt unter Zustimmung des Mannes. Und nun wogt der sinn- und herzlose Konstruktionskampf hin und her, ob das, was die Frau einbüßte, juristisch ganz dem Mann oder ganz der Frau oder teilweise dem Manne und teilweise der Frau zugefallen wäre. Und wenn der zweitinstanzliche Richter nunmehr zur Konstruktion einer „Schenkung" kommt, so ist die abermalige Revision offen gelassen. Dabei ist das RG. glücklich an dem Unnatürlichsten gelandet, an der Konstruktion der Frau als eigentlichen Gewerbsangestellten des Mannes. Und diese Auffassung von der Ehe verkünden die obersten deutschen Richter dem deutschen Volk.

Eine soziologische Justiz würde einfach sagen: die Eheleute bilden eine natürliche Einheit und da der Mann zugestimmt, können überdies alle jene Spitzfindigkeiten auf sich beruhen. Die verkappt-soziologische Methode hätte mit gesundem Rechtsgefühl zunächst das richtige Resultat gefunden, dann aber „konstruiert", etwa so, daß sie in der Zustimmung des Mannes zur Klage eine ev. Abtretung erblickt hätte. Durch Befragen konnte dies sogar sicher noch ausdrücklich festgestellt werden.

2) Nr. 85 S. 344.

a) Rechtsfall.

Der Ehemann der Klägerin, ein Landwirt, der seine 84 Acker Land mit einem entsprechenden Bestand an Pferden und Vieh bewirtschaftete, war von einer geländerlosen Brückenrampe der beklagten Gemeinde in den Dorfbach gestürzt und an den dabei erlittenen Verletzungen gestorben. Die Klägerin machte zur Höhe der von ihr verlangten Rente geltend, daß sie infolge der Tötung ihres Ehemannes nunmehr selbst ihren unmündigen Kindern Unterhalt gewähren müsse.

b) Entscheidung.

I. Landgericht Kassel.

Wie dieses entschieden hat, ist nicht mitgeteilt.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Anspruch wird dem Grunde nach, aber (wohl wegen Mitverschuldens des Getöteten) nur zur Hälfte für berechtigt erklärt.

III. Reichsgericht.

Auf Revision der Beklagten: Aufhebung und Zurückweisung in die zweite Instanz.

Erster Grund: Die Klägerin hat zwar Schaden dadurch erlitten, daß nach dem Tod des Mannes die Unterhaltungspflicht bezüglich der Kinder auf sie übergegangen ist (§§ 1601, 1606 BGB.). Aber ein Recht auf Ersatz dieses Schadens lasse sich weder aus § 823 Abs. 1 BGB. herleiten, weil das Vermögen keines der hier geschützten Rechtsgüter sei; noch aus § 823 Abs. 2 BGB., weil das von der Beklagten übertretene Verbot des § 367 Nr. 12 StGB. nur zum Schutz der am Abhang Verkehrenden bestimmt sei, nicht ihrer Angehörigen. Auch unter die nach § 844 BGB. mittelbar Geschädigten gehöre die Klägerin nach dem Wortlaut nur, soweit ihr persönlich der Unterhalt entzogen sei, also in ihrer Eigenschaft als Ehefrau, nicht in ihrer Eigenschaft als unterhaltungspflichtige Mutter.

Zweiter Grund: Es läßt sich nicht ohne weiteres sagen, daß die Erträgnisse des Gutes, aus dessen Bewirtschaftung der Verdienst des Verstorbenen floß, durch seinen Tod sich mindere. Möchte auch zunächst der Besitzer gewinnbringender wirtschaften als selbst ein tüchtiger Knecht, so treffe dies dann nicht zu, wenn der Eigentümer der nötigen Sachkunde entbehrte, oder zu Leichtsinn, Müßiggang, Trunksucht und ähnlichen Untugenden neigte. Immer werde es aber darauf ankommen, ob nicht der persönliche Verbrauch des Getöteten das durch seine Arbeitsleistung erzeugte Mehrerträgnis und die Kosten eines geeigneten Knechts überwogen habe.

Kritik. Arme Frau! Sie muß wieder zum mindestens vierten Mal die Sache verhandeln lassen und außerdem in ihrer Eigenschaft als Vormünderin ihrer Kinder eine ganz neue Klage in erster Instanz erheben, die dann wieder den Instanzenzug durchlaufen mag. Prof. Landsberg hat sich nach Verkosten einiger Ergebnisse der neuen Methode an den Kopf gegriffen und gefragt, ob man uns nicht nächstens kurzerhand überhaupt für das ganze Schadensersatzrecht anstatt auf die §§ 823—853 BGB. auf den salomonischen deutschen Richter verweisen werde (DJZ. 1905, 924). Der code ist dieser schrecklichen Vorstellung sehr nahe gekommen: er hat statt jener 31 ganze fünf Paragraphen über die unerlaubten Handlungen. Landsberg möge nun einmal nachlesen, was die Franzosen mit diesen schlichten Bestimmungen machen. Die ganze concurrence déloyale haben sie z. B. einfach aus der allgemeinen Norm des Art. 1382 entwickelt, worüber wir ein besonderes Gesetz mit abstrakter

Kasuistik brauchten. Wir hatten in Baden bei Übernahme des code ihn bereits durch Zusätze glossiert und hier durch ein Gesetz vom 6. 3. 1845 ergänzt, dessen § 15 im ersten Teil sagte: „Bei Festsetzung der Entschädigung nimmt der Richter Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse auch des Schuldigen, sowie auf die Größe seiner Verschuldung, namentlich auf das Dasein von Vorsatz oder bloßer Fahrlässigkeit und auf den Grad der Bosheit oder der Unvorsichtigkeit." Warum hat unser BGB. diesen menschlichen Satz nicht aufgenommen, dessen Erwägungen jetzt nur bei Bemessung des ideellen Schadens aus § 847 BGB., also nicht bei Bemessung des eigentlichen Schadens angestellt werden dürfen? Eine soziologische Jurisprudenz würde aus § 847 BGB. ein allgemeines bewegliches Ausgleichsmittel für jene Ungleichheiten schaffen. Bei philologischer Jurisprudenz ist daran nicht zu denken.

Unseren §§ 823—826 BGB. entsprechen im code der Art. 1382, dessen Wortlaut schon mitgeteilt ist, und der Art. 1383, der sagt:

> Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Das schweizerische Obligationenrecht hat die Art. 1382 und 1383 des code wie folgt zusammengefaßt:

> § 50: Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es mit Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatz verpflichtet.

Für eine vernünftige Justiz ist dieser schlichte Satz tausendmal besser, als die abstrakte Kasuistik der §§ 823—826 BGB. mit ihrer scholastischen Unterscheidung zwischen Rechtsverletzungen (§ 823 Abs. 1) und Gesetzesverletzungen (§ 823 Abs. 2 BGB.). Was zeitigt sie? Unnatur und Konstruktionsjurisprudenz. Das Vermögen eines Menschen als solches soll — das hat das RG. auch früher schon wiederholt ausgesprochen — kein Recht sein! Das Gebot einer Verwahrung von Abhängen soll nur den Verletzten nicht seine engste Familie schützen, deren soziale Einheit hier wieder widernatürlich und herzlos auseinandergerissen wird! Eine halbwegs soziologische Justiz an Stelle dieser Begriffsausspinnung aus den Worten „Recht", „Schutzgesetz" käme zu solchen Ergebnissen nicht. Sie würde sagen, das Gesetz entscheidet beide Fragen nicht; das Vermögen kann nicht weniger gegen widerrechtliche Angriffe geschützt sein als seine einzelnen Bestandteile, und Frau und Kinder können nicht weniger unter den Schutzzweck eines Gesetzes fallen, als der Gatte und Vater.

In Parenthese: der § 847 BGB. gibt den sog. ideellen (moralischen) Schaden in bestimmten Fällen. Der code hat, wie schon früher erwähnt, gar keine Bestimmung über dommage moral, den hat dort die Rechtsprechung (jurisprudence) ausgebildet. Nach schweizerischem Obligationenrecht kann der Richter nicht nur bei Körperverletzung und Tötung dem Verletzten oder den Angehörigen, sondern auch wo Jemand durch eine andere unerlaubte Handlung in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden ist, auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens eine angemessene Geldsumme zusprechen (Art. 54 und 55). In Deutschland würde kein Rechtsanwalt die Kühnheit haben, auszuführen, daß im BGB. im vorliegenden Rechtsfall eine Lücke auszufüllen sei. Der Verlust des Gatten und Vaters werde gar nicht durch bloßen Ersatz des nachweisbaren pekuniären Ausfalls ausgeglichen. Ich meine nicht, daß keine Reichtümer der Welt der Frau ihren Mann, den Kindern ihren Vater wiedergeben oder eigentlich ersetzen könnten. Aber Wittwe und Waisen stehen auch sonst in der Welt allenthalben traurig da; die Nachteile in ihrem ganzen Fortkommen sind unleugbar, Jedermann kennt sie, nur die Justiz sieht sie nicht. Ein überlegenes Lächeln gleitet oft über die Gesichter unserer Justizscholarchen, wenn die — „unjuristische" soziologische Saite angeschlagen und nicht über Konstruktionen debattiert wird. Ich erwähne das hier nur nebenbei. Die Frau hatte für den Verlust des Gatten und Vaters ihrer Kinder als solchen hier gar nichts verlangt, sondern nur den rein vermögensrechtlichen Schaden.

Bleiben wir also bei diesem. Warum wird der schlecht gefaßte § 823 BGB. in beiden Absätzen auch noch unerträglich pedantisch ausgelegt?

Und nicht besser ist der zweite Entscheidungsgrund des RG., es sei hier noch nicht einmal ohne weiteres Vermögensschaden überhaupt anzunehmen. Warum überläßt das RG. nicht der beklagten Gemeinde den Nachweis, daß der Getötete ein Trunkenbold war usw.? Mögen doch die Herren Juristen gelegentlich einmal irgend einen Bauern aus dem nächsten Dorfe bei Leipzig fragen, ob ein Landwirt durch einen Knecht ersetzt werden kann; sie werden immer hören: niemals. Diese weltkundige Tatsache ist eine Sache gemeiner Erfahrung wie irgend eine. Also müßte die Ausnahme behauptet und bewiesen werden. Welche pedantische Engherzigkeit, einen solchen Nachweis von der Witwe zu verlangen! Man sehe doch nach, ob noch in irgend einer anderen Justiz der Welt solche widerwärtigen, Jahre hindurch nutzlos Zeit, Mühe und Geld dahinraffenden Konstruktionsprozesse aufzufinden sind und so entschieden werden.

3) Nr. 87 S. 350.

a) Rechtsfall.

Ein Hauptlehrer war auf der Fahrt in einem elektrischen Straßenbahnwagen der beklagten Stadt-

gemeinde verunglückt und kurz darnach infolge der erlittenen Verletzungen gestorben. Die Witwe und die Kinder verlangten nach §§ 1, 3 HaftpflG. und §§ 823, 831, 844 BGB. Schadensersatz.

b) Entscheidung.

I. LG. Duisburg. Es ergibt sich aus der Entsch. des RG. nur, daß die erste Instanz anders geurteilt hatte als die zweite.

II. OLG. Hamm. Auf die den Klägern zu gewährende Entschädigung, die dem Grund nach aus dem Haftpflichtgesetz von der Beklagten anerkannt wurde, ist weder die Pension noch die Einkünfte aus der von der Witwe mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft in Anrechnung zu bringen.

III. RG. Auf Revision der Beklagten: Aufhebung und Zurückverweisung an die II. Instanz.

Das RG. behandelt die beiden Fragen (Anrechnung der Pension und Gütergemeinschaftseinkünfte) auf über neun Druckseiten. Alsdann folgt die nämliche Frage wie die in dem Rechtsfall zu 2 behandelte. Zu den beiden ersten Fragen wird ausgeführt.

Erstens zur Anrechnung der Pension. Zur Widerlegung der Meinung des Berufungsgerichts, die Nichtanrechnung „stehe in Rechtslehre und Rechtssprechung fest" marschieren auf: für Anrechnung: Laß und Maier, Reindl, Crome, von Staudinger, Wallmann, Örtmann; gegen die Anrechnung: v. Weinrich, Lünkelmann, Eger; alle mit genauer Angabe von Aufl., Band, Seite und Anmerkung. In die Entsch. des RG. muß sogar hinein, daß Örtmann die Differenz zwischen dem Gehalt und der Pension des beschädigten Beamten statt Verringerung „Verkümmerung" des Amtseinkommens nenne. Man denke sich so etwas in einem Urteil des Pariser Kassationshofs! Wie sehr wird dieser Sprachfund die Hauptlehrerswitwe interessieren, wenn sie sich durch die zahlreichen Schachtelsätze und Sprachunarten (wie „da dasselbe" „staatliche bezw. gesetzliche Pensionen" u. dgl.) überhaupt hindurchwinden sollte.

Zweitens zur Anrechnung der Einkünfte aus der Gütergemeinschaft. Hier wird unterschieden zwischen der Frau und den Kindern. Bezüglich der Frau wird von § 1360 Abs. 1 BGB. ausgegangen, wonach die Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau von deren Bedürftigkeit unabhängig ist. Für diesen völlig unbestrittenen Satz werden Planck und Dernburg zitiert, ebenso Planck dafür, daß dieser Aufwand dem Gesamtgut zur Last fällt. (Mir schrieb unlängst ein Klient, ich solle ihm umgehend mitteilen, wer dieser Planck sei, er habe mit diesem nichts zu schaffen und kenne ihn nicht). Nun folgen sprachlich und inhaltlich unklare Sätze mit dem rätselhaften Schluß: „Wenngleich es also für den Unterhaltsanspruch der Witwe auf die tatsächlich bestehende Bedürftigkeit nicht ankommt, so wird doch bei Bemessung des Umfangs der Schädigung zu beachten sein, daß hier diejenige Quote der Einkünfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens, welche zu Lebzeiten des Ehemannes etwa (neben dem entsprechenden Teil des Amtseinkommens) zum Unterhalte der Ehefrau mitzuverwenden war, keinesfalls im ganzen Betrag in Rechnung zu stellen wäre."

Bezüglich der Kinder dagegen wird davon ausgegangen, daß ihr Unterhaltsanspruch nach § 1602 Abs. 1 BGB. von ihrer Bedürftigkeit abhängt. Unter Zitierung der Motive, Protokolle, von Planck, Dernburg und Schröder wird in blühenden Schachtelsätzen zum Teil unter gleichzeitiger Verwendung von runden und eckigen Klammern konstruiert und deduziert und der Schluß ist folgender Orakelspruch: „Wirtschaftlich betrachtet ist entweder das Unterhaltsrecht der Kinder, insoweit als zu dessen Erfüllung das gütergemeinschaftliche Vermögen zu dienen hat, ihnen durch den Tod des Vaters nicht entzogen oder aber es trifft insoweit die Voraussetzung des Unterhaltsbedürfnisses nicht zu, indem die Kinder aus den Einkünften ihres eigenen Vermögens unterhalten werden."

c) Kritik. Arme Frau! Nun mag sich die sozusagen vierte Instanz an dem Urteil des RG. herumbeißen und die Nüsse knacken, die dieses aufgibt. Und dann sagt vielleicht das zum zweitenmal angerufene Reichsgericht deutlich auf deutsch, was es in der Frage der Anrechnung der Gütergemeinschaftseinkünfte letzten Endes meint und will; denn aus dem Kauderwelsch dieser Gründe wird Niemand klug.

4) Nr. 90 S. 366.

a) Dieser Rechtsfall betrifft eine Frage, die so einfach liegt, daß sie von keinem mit gesundem Verstand begabten, nicht dem konstruktionsjuristischen Wahne verfallenen Menschen verfehlt werden kann. Sie ist auch richtig entschieden worden und doch sind die Gründe lehrreich.

Ein Gutspächter hatte das Inventar käuflich bei Pachtantritt übernommen. Nach dem Pachtvertrag war der Verpächter verpflichtet, das Gutsinventar zu dem durch Sachverständige zu bestimmenden Taxpreise zurückzuübernehmen. Da der Verpächter mit der letzteren Verpflichtung in Annahmeverzug geriet, ließ der Pächter das Gutsinventar als zur Hinterlegung nicht geeignete Sache unter Wahrung der Vorschriften der §§ 383 und 384 BGB. versteigern. Den Erlös hinterlegte er nicht, er verwendete ihn vielmehr dazu, sich daraus, soweit es möglich war, wegen des Preises zu decken, denihm der Beklagte für das versteigerte Inventar zu zahlen gehabt hätte; den Rest dieses Preises forderte er vom Beklagten.

b) Der Entscheidung will ich hier die Kritik jeweils gleich beifügen. Das RG. billigt die Verurteilung des Beklagten durch das OLG. Dresden. Das Urteil des LG. Freiberg ist nicht mitgeteilt.

Über die einfache Frage, ob der Beklagte statt zu hinterlegen sich decken durfte, wird in geschlagenen sieben Druckseiten abgehandelt. Das Reichsgericht zitiert zunächst sieben Schriftsteller, die sich im entgegengesetzten Sinn nämlich dahin aussprechen, der Schuldner dürfe gegen den Erlös eine ihm an den Gläubiger zustehende Geldforderung nicht aufrechnen. Sie verweisen zur Begründung auf den Wortlaut des Gesetzes, auf Bemerkungen in den Motiven zum BGB. sowie in der Denkschrift zum Entwurf eines HGB. Sie verweisen ferner als Argumente aus dem Gegenteil darauf, daß bei Verkauf von gefundenen und verpfändeten Sachen das Gesetz (§ 966, 969, 1219) ausdrücklich bestimme, daß „der Erlös an Stelle der verkauften Sachen trete", während eine entsprechende Vorschrift in § 383 fehle. Sie verweisen endlich darauf, daß in einem früheren Stadium der Vorarbeiten zum BGB. ein Antrag, solches auch für den jetzt in §§ 383—386 geregelten Selbsthilfeverkauf des Schuldners zu bestimmen, abgelehnt und später nicht wiederholt worden sei. Die sieben Weisen sind: Rehbein, Crome, Dernburg, Endemann, Schollmeyer, Planck, in ihren bekannten Kommentaren und Lehrbüchern zum BGB. und außerdem der Monographist dieser Materie Beer. Hinzugefügt wird „und andere". Diese Koryphäen der Wissenschaft untersuchen mit dem alten Konstruktionsapparat begriffsmäßig, ob durch den Selbsthilfeverkauf eine „Änderung" des Schuldverhältnisses bewirkt werde, nämlich der Erlös an Stelle der Sache trete. Und von der Verneinung dieser begriffsmäßigen Frage aus gelangen sie zur Verneinung der Aufrechnungsmöglichkeit. Nun kommen die Gegner, von denen zwei, Örtmann und Kohler, angeführt werden. Dann wird gesagt, es bedürfe indeß nach Sachlage der Entscheidung der Frage nicht, ob das Schuldverhältnis geändert werde und der Erlös an Stelle der Sache trete. Zu was marschieren dann die zwei Schlachtreihen von Schriftstellern auf? Aus § 383 BGB. ergebe sich jedenfalls, daß der Schuldner statt des ursprünglichen Schuldgegenstands den Erlös leisten könne, denn sonst könnte ja auch die Hinterlegung niemals eine schuldtilgende Wirkung haben. Also ist doch jener ganze bizarre Begriffsstreit gegenstandlos. Nun sollte man meinen, daß damit die Sache erledigt sei. Weit gefehlt! Jetzt kommt erst die peinliche Untersuchung, ob nur hinterlegt werden kann d. h. die nämliche Geschichte geht im Grunde nochmals an. Man sollte erwarten, jetzt mindestens käme die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen an die Reihe. Darnach könnte nämlich die Frage nicht einen Augenblick zweifelhaft sein. Wenn der Schuldner eine fällige Gegenforderung hat, hat die Hinterlegung für den Gläubiger nicht das mindeste berechtigte Interesse, sondern sie wäre ein sinnloses Hin- und Hertragen von Geld. Statt dessen müssen wir nochmals den bekannten grammatischen und logischen Auslegungsapparat über uns ergehen lassen. Es hebt fein säuberlich mit dem Wortlaut an, aus dem allein nicht gefolgert werden könne, daß immer hinterlegt werden müsse. Warum nicht? Aus dem Wortlaut des § 383 BGB.: „so kann der Schuldner sie im Fall des Verzugs des Gläubigers am Leistungsort versteigern lassen und den Erlös hinterlegen" könnte man doch gerade die Notwendigkeit der Hinterlegung sprachlich ganz gut ableiten. Alsdann kommt unter Bezug auf eine gelehrte Abhandlung in Iherings „Jahrbüchern für die Dogmatik" eine unklare Deduktion aus der „systematischen" Stellung der Bestimmung. Es hätte, meint das Reichsgericht, wenn die Bestimmung über den Selbsthilfeverkauf jene schon vorher als hier gleichgiltig abgetane rechtsändernde Wirkung haben sollte, „nahe gelegen", der Bestimmung eine andere Stelle, „etwa" im Abschnitt über den Gläubigerverzug anzuweisen. Es müsse indeß Bedenken getragen werden, dieser Erwägung eine ausschlaggebende Bedeutung beizulegen (zu was wird sie dann in aller Ausführlichkeit ausgesponnen?), weil ihr wichtige „innere" Gründe entgegenstehen. Also jetzt dürfen wir endlich aufatmen und die Interessenabwägung vernehmen? Nein, es wird auf der dürren Heide ruhig weitergeschnuppert. Es folgt nämlich eine Deduktion ausgehend von der spitzfindigen Frage, „auf wessen Rechnung" bei § 383 BGB. der Verkauf geschieht. Es wird aus den Motiven zu § 278 des E. zum BGB. und aus § 457 BGB. hergeleitet, daß auch bei § 383 BGB. für Rechnung des säumigen Gläubigers verkauft werde, obwohl dies abweichend von dem handelsrechtlichen Selbsthilfeverkauf (des § 383 HGB.) hier nicht ausgesprochen sei. Also kein Argument aus dem Gegenteil! (Vgl. dagegen z. B. Düringer-Hachenburg Kommentar zum HGB. III S. 226 Anm. 3 zu § 374 HGB.: „Einer der bedeutendsten Unterschiede ergibt sich aus dem Umstande, daß der handelsrechtliche Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers erfolgt, während dies bei dem Verkauf nach § 383 BGB. nicht der Fall ist. Die Folge ist u. s. w.", also Argument aus dem Gegenteil!) Der Unsinn, zu dem die Ansicht der sieben Weisen führt, wird in sehr vorsichtiger Weise als eine „nach allgemeinen Grundsätzen gewiß befremdliche Rechtsgestaltung" bezeichnet. Diese Rechtsgestaltung könne nur beim Vorliegen schlechthin zwingender Gründe als vom Gesetzgeber gewollt angesehen werden. Also selbst ein ganz befremdliches Resultat, das nicht ohne weiteres klar liegt, könnte vom Gesetzgeber als gewollt gefunden werden. Das Gesetz könnte also nicht klüger sein als der Gesetzgeber. Wer ist aber der Gesetzgeber? Er kann doch, wie das RG.

einmal sagte, nur in einer Sprache reden; über Motive und Denkschriften wird nicht abgestimmt, weder im Bundesrat noch im Reichstag. Dennoch die peinliche Untersuchung, ob „zwingende Gründe“ für einen ungereimten Willen des Gesetzgebers zu finden seien! Ein solcher Grund liegt „nach Ansicht des erkennenden Senats“, wie nochmals wiederholt wird, glücklicherweise nicht in der der Bestimmung angewiesenen Stellung. Es folgt die Würdigung der Vorarbeiten. „Die oben erwähnten Bemerkungen in der Denkschrift zum Entwurf eines HGB. und in den Motiven zu § 278 E. BGB. sprechen zwar aus, daß zu der Versteigerung der ursprünglich geschuldeten Sache die Hinterlegung des Erlöses hinzutreten müsse, wenn die ursprüngliche Schuld getilgt werden solle; es liegt aber kein zureichender Grund zu der Annahme vor, daß die Verfasser jener gesetzgeberischen Vorarbeiten dabei die Frage, ob die Hinterlegung durch eine andere Maßnahme, durch welche der Gläubiger den Erlös oder dessen Vermögenswert erhalte, ersetzt werden könne, im Auge gehabt und sie zu verneinen beabsichtigt haben.“ Als ob es auf die Gedanken dieser Herren ankäme, selbst wenn ein „zureichender Grund“ zu der Annahme vorläge, sie hätten eine zweckwidrige Absicht gehabt, die aber nicht im Gesetze steht. Welche gänzliche Verkennung der Art, wie Gesetze zustande kommen! Nun wird abermals eine Auseinandersetzung mit den Schriftstellern eingeflochten und dann wendet sich die Abhandlung einer neuen Rechtsfrage zu, ob nämlich nicht die allgemeine Aufrechnungsregel des § 387 BGB. hier entgegenstehe. Es werden weitere Schriftsteller (Müller, Sohm, Rosenberg, Peskatore) für die Meinung angezogen, es könne hier deshalb nicht aufgerechnet werden, weil der Schuldner in erster Linie zur Hinterlegung, nicht zur Zahlung des Erlöses verpflichtet sei. Auch diese Frage könne indeß dahingestellt bleiben (zu was wird sie dann behandelt?), weil eine andere Auffassung näher liege, als die der „Aufrechnung“, nämlich die, daß Kläger nicht aufgerechnet, sondern eine Zahlung an sich selbst vorgenommen habe. Dieser neuen Konstruktion scheint allerdings eine Schwierigkeit im Weg zu stehen, nämlich § 181 BGB. Dieser ließe ein solches Kontrahieren mit sich selbst nur zu, wenn es von dem Beklagten gestattet war. Das Kontrahieren mit sich selbst läuft hier nun aber zweifellos dem Willen des Beklagten zuwider. Wie kommt das RG. um diese Klippe herum? Es fingiert die in § 181 BGB. vorgesehene Bewilligung, deren Gegenteil von ihm tatsächlich als „zweifellos“ bezeichnet wird. Es könne auf den entgegengesetzten Willen des Beklagten nicht ankommen. Denn der Beklagte habe nach Treu und Glauben dem Kläger die Zustimmung zu einer solchen Verwendung des Erlöses nicht versagen dürfen und es stehe ihm, wenn er sich darauf berufen wollte, er habe das gleichwohl getan, der Einwand der Arglist aus § 242 BGB. entgegen. Zu guterletzt wird noch auseinandergesetzt, daß dieses Argument durchschlüge, auch wenn man Aufrechnung anzunehmen hätte, und selbst dann, wenn man entgegen den früheren Darlegungen Hinterlegung für notwendig hielte, und endlich auch dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung fehlten. Und wiederum müssen wir fragen: zu was dann die ganze vorherige Monographie? Die einfache Berufung auf die Vertragstreue machte doch darnach alles andere unnötig, „denn, sagt das RG., es handelt sich überall nicht um zwingendes Recht; die Hinterlegung kann also durch andere Maßnahmen ersetzt werden, wenn beide Teile darüber, daß dies geschehen solle, einverstanden sind. Und was in diesem Falle gilt, muß auch gelten, wenn der säumige Gläubiger durch Verweigerung seiner Zustimmung gegen Treu und Glauben verstoßen würde und das wäre unter den hier vorliegenden Umständen der Fall.“

Welch merkwürdiger Zickzackkurs! Bisher erreichte die verdeckt-soziologische Methode ihr Ziel hie und da so, daß sie, statt einfach das Gesetz auszulegen, ein vernünftiges Ergebnis als Parteiwillen unterschob. Weil aber hier der eine Vertragsteil klar das Entgegengesetzte gewollt hat, wird auf einem weiteren Umweg dieser bestimmte entgegengesetzte Parteiwille nicht bloß unbeachtet gelassen, sondern sogar positiv als sein Gegenteil behandelt. Statt „Treu und Glauben“ direkt in die Gesetzesauslegung aufzunehmen, holt man lieber aus der juristischen Rumpelkammer das ganz verrostete Instrument der Fiktion d. h. eine Lüge hervor.

Beachten wir schließlich die Gefahren dieser verkappt-soziologischen Methode, die wir hier im mühsamen Kampf mit einer aberwitzigen Begriffsjurisprudenz sich beinahe zu Tode quälen sehen. Wenn jene sieben Weisen den Senat gebildet hätten oder auch nur vier von den Richtern ihnen gefolgt wären, so wären sie mit formell ebenso wohlfundierten „wissenschaftlichen“ gelehrten Entscheidungsgründen zu dem entgegengesetzten Schluß gekommen. Der Pariser Kassationshof würde, wenn man ihm diese Entscheidung zur Umarbeitung ins französische geben könnte, das nämliche Urteil unter Benützung einiger aus den Schachtelerwägungen des Reichsgerichts entlehnter Worte etwa wie folgt begründen:

„In Erwägung, daß die in § 383 BGB. vorgesehene Hinterlegung nicht Selbstzweck ist, sondern nur ein Mittel, durch das die Überführung des Erlöses in das Vermögen des Gläubigers angebahnt und sicher gestellt werden soll; in Erwägung, daß es aber unvernünftig

wäre, anzunehmen, der Schuldner könne sich zwar schon dadurch befreien, daß er die Überführung des Erlöses in das Vermögen des Gläubigers nur anbahne, nicht aber dadurch, daß er diese Überführung sogar selbst bewirke; in Erwägung endlich, daß, falls man das Erfordernis der Hinterlegung in einem Fall wie dem vorliegenden als zur Befreiung des Schuldners für unerläßlich hielte, man dem Schuldner auch nicht das Recht geben könnte, den Erlös dem Gläubiger zu zahlen."

Jedes Urteil in Sirey Receuil général spricht diese schlichte Sprache der Vernunft. Kein Herumhadern mit Schriftstellern und Materialien, aber auch kein Herumzanken mit dem Appellgericht. Die französische Jurisprudenz hat in ihren Werken und die Justiz in ihren Referaten auch noch die philologische Methode, es spielen darin immer noch die Entstehungsgeschichte eine Rolle und es wird mit dem Willen des Gesetzes operiert, aber daran knüpfen sich die rein soziologischen Erwägungen. Und diese letzteren sind schließlich für die Entscheidung fast durchgehends entscheidend und in den Entscheidungsgründen sind die das Publikum abstoßenden pedantischen philologischen Eierschalen überhaupt ganz abgestreift. Bei uns ist fast alle privatrechtliche Doktrin und Justiz rein philologisch und höchstens hie und da schüchtern krypto-soziologisch. Das plastischste Muster für diese letztere Methode finde ich in der Entsch. RG. 62, 79 Nr. 21, wo auf S. 81 das krypto-soziologische Glaubensbekenntnis ausgesprochen ist: wenn man den Begriff Tierhalter lediglich dem Sprachgebrauch entnehme und demgemäß die nicht bloß vorübergehende Dauer des Verhältnisses ausschlaggebend sein lasse, so führe das zu so auffallenden praktischen Ergebnissen, daß über deren Vereinbarkeit mit den Absichten des Gesetzes nur von Fall zu Fall unter Hinzunahme der Mittel der Auslegung nach der jeweiligen Sachlage entschieden werden könne. Alsdann wird eine ausnahmsweise Einschränkung des Rechtsbegriffs im Vergleich zum Wortbegriff im gegebenen Falle für unabweisbar erklärt. Nun kommt nach bekannter philologischer Methode die peinliche Untersuchung über den Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten. Protokolle, Denkschrift, Stenographische Berichte des Reichstags werden zitiert und daraus endlich der Schluß gezogen: wenn auch im Wortsinn und nach dem Buchstaben des Gesetzes der Beklagte als Tierhalter gelten könnte, so steht dies doch mit dem erkennbaren „Willen der Gesetzgebung" im Widerspruch. An Stelle des Willens eines persönlichen Gesetzgebers oder, wie es sonst heißt, des Willens oder Geistes des Gesetzes, erscheint hier zur Abwechselung ein Wille der Gesetzgebung. Und während doch wiederholt sonst vom RG. den Motiven bindende Kraft aufs schärfste abgesprochen ist (vgl. vor allem die später noch zu erwähnende Entsch. 21, 437), wird hier auf einmal das Gegenteil praktiziert! Alles um zu verhüllen, daß man gewagt hat, schöpferisch und vernünftig zu sein, das sapere aude zu betätigen.

5) Nr. 93 S. 381.

a) Rechtsfall.

Durch Verfügung des Polizeipräsidenten von Berlin vom 8. 8. 05 wurde dem Mieter eines Weinrestaurants die Benutzung der im Kellergeschoß gelegenen Küche vom 1. 10. 05 ab untersagt, weil sie vorschriftswidrig zu tief in den Erdboden eingesenkt war. Die Miete war für die Zeit vom 1. 4. 04 bis dahin 1912 abgeschlossen. Der Mieter forderte den Vermieter zur Abhilfe auf und bestimmte ihm eine Frist bis zum 1. 10. 05. Der Vermieter erhielt auf Ansuchen von der Polizei eine Frist bis zum 1. 4. 06 und teilte dem Mieter mit, daß er vor diesem Zeitpunkt eine Verlängerung der Frist beantragen werde. Das Polizeipräsidium erteilte den Bescheid, daß eine weitere Frist über den 1. 4. 06 hinaus nicht zugebilligt werde. Der Mieter kündigte darauf gemäß § 542 den Vertrag auf Ende März 1906 und erhob gegen den Vermieter Klage auf Feststellung, daß diese Kündigung zu Recht erfolgt und der Beklagte verpflichtet sei, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der vorzeitigen Kündigung des Vertrags zugehe. Der Schaden bestehe vornehmlich darin, daß die für das Lokal eigens hergestellte Einrichtung für ein anderes Lokal überhaupt nicht oder nur mit erheblichen Kosten verwendbar sei, daß der Mieter, bis er ein anderes passendes Lokal fände, brach liegen müsse und die mit Lieferanten abgeschlossenen Verträge nur mit Opfern lösen könne.

b) Entscheidung.

I. LG. I Berlin: Urteil nach Klagantrag.

II. KG.: der Schadensersatzanspruch wird abgewiesen (im übrigen die Entscheidung von einem Eid abhängig gemacht). Das KG. spintisierte wie folgt: Die dem Mieter in § 542 BGB. eingeräumte Kündigung habe dieselbe Wirkung wie eine freiwillige Vereinbarung der Vertragsaufhebung! Die §§ 325, 326 BGB. enthielten ferner den allgemeinen Rechtssatz, daß, wer vom Vertrage zurücktrete, keinen Schadensersatz verlangen könne! Endlich wird auf die Vorschriften über die Wandelung beim Kauf- und Werkvertrag (§§ 469, 635 BGB.) als Argument aus der Analogie hingewiesen.

III. RG. Auf Revision des Klägers: Aufhebung und Zurückverweisung: Die ganz einfache Frage ist die, ob der nach § 542 BGB. kündigende Mieter den ihm durch die Kündigung erwachsenden Schaden auch insoweit ersetzt verlangen kann, als dieser Schaden, was doch überhaupt die Regel sein wird, erst nach Ablauf

der Kündigungsfrist entsteht. Das Reichsgericht stellt zunächst in der umständlichsten Weise diese Rechtsfrage fest, als ob es sich dabei um ein schwieriges Problem handle. Es kommt zur Bejahung der Frage nicht aus irgend welchen soziologischen, sondern aus folgenden philologischen Erwägungen: Daß dieser Schadensersatzanspruch durch § 542 BGB. ausgeschlossen werde, gehe weder aus dem Gesetz noch aus dessen Entstehungsgeschichte hervor. Wenn zu § 529 des ersten Entwurfs der und der Zusatz beantragt wurde und wenn die zweite Kommission (vgl. Protokolle u. s. w.) diesen Zusatz genehmigte, und die Redaktionskommission ihn als selbstverständlich weggelassen habe, so sei damit vereinbar u. s. w. (der Satz hat über 100 Wörter). Für die Annahme, daß das Gesetz einen solchen Ausschluß nicht gewollt habe, spreche auch die gleichartige Regelung des Allg. Pr. LR. Es wird sodann im Anschluß an diese eigene Konstruktionsjurisprudenz die des KG. durch Gegenargumente im einzelnen widerlegt. Schließlich wird an Stelle des kammergerichtlichen Arguments aus der Analogie das aus dem Gegenteil mit der Begründung gesetzt, die §§ 463, 635 seien nur Sondervorschriften für Kauf- und Werkvertrag.

c) Kritik: Ein Schulbeispiel, wie die Konstruktionsjurisprudenz zweier Gerichte in einer ganz einfachen Frage zu verschiedenen Ergebnissen führt und wie es unvorhersehbar ist, ob das eine oder das andere Argument schließlich die Oberhand gewinnt. Wie viel weniger willkürlich und unsicher wäre hier die soziologische Jurisprudenz, die hier doch nicht im mindesten an der Ersatzpflicht irre werden könnte.

Die Beispiele dürften genügen. Man kann dem Heft noch weiteres entnehmen, insbesondere die merkwürdigen Ergebnisse, zu denen die Begriffsjurisprudenz die Instanzgerichte geführt hat. So die Entsch. Nr. 97, wo das OLG. die Klage gegen eine städtische Sparkasse abwies, weil diese keine Parteifähigkeit habe! Oder die interessante Entsch. Nr. 104 S. 425, wo die Konstruktion des OLG., wie das RG. zutreffend sagt, den Kern der Sache verkannt hat und wo das RG. aufhob, ohne sich um einen vom OLG. merkwürdig verkehrt konstruierten vermeintlichen negativen Parteiwillen zu kümmern. In der Entsch. Nr. 105 S. 429 endlich, mit der das Heft schließt, werden der aus der prozeßtechnischen Bedeutung und dem Wortlaut abgeleiteten Auslegung einer prozessualen Vorschrift (§ 406 Abs. 2 Satz 2 ZPO.) die recht „beachtenswerten Bedenken aus der Entstehungsgeschichte jener Bestimmung" angereiht. Der erste Entwurf, die erste und zweite Lesung der Reichstagskommission werden durchgenommen, um zu dem Ergebnis zu kommen: „Die hervorgehobenen Bedenken aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift in § 406 Abs. 2 Satz 2 sind indeß nicht stark genug, die oben dargelegten Erwägungen aus dem gesetzgeberischen Zweck jener Vorschrift und aus deren Wortlaut zu entkräften." Zu was werden sie dann mitgeteilt? Was soll die unterlegene Partei daraus für einen Trost schöpfen? Wird sie nicht an dem Recht irre, wo solche Bedenken dagegen von dem obersten Richter selbst ausgesprochen werden? Soll das vielleicht „wissenschaftlich" sein? Dann besteht Wissenschaft darin, daß man die „Materialien" nachsucht. Das ist doch nur fleißige Registratorenarbeit. Schon der 21. Bd. der Entsch. des RG. hatte mit ganz anderen Worten geschlossen: „Schließlich ist zuzugeben, daß der Verfasser der Motive zum Entwurf der Reichskonkursordnung allerdings wohl unzweifelhaft von der Ansicht ausgegangen ist, daß u. s. w. In dem Gesetz selbst hat dies aber keinen Ausdruck gefunden und eine entscheidende Bedeutung könnte den Motiven und den Verhandlungen der Reichstagskommission nur beigelegt werden, insofern sie zur Bestätigung des bereits anderweitig ermittelten Gesetzeswillens verwendbar wären." Eine entscheidende Bedeutung aber nur zur Bestätigung — welch seltsamer Widerspruch in sich selbst! Entweder die Motive stimmen mit der „anderweitig" ermittelten Auslegung überein, dann braucht man sie doch nicht; oder sie stimmen damit nicht überein, dann braucht man sie erst recht nicht. Welch ungeheuerliche sinnlose Arbeitsvergeudung aber wurde dann am RG. alle die Jahre her getrieben, wo doch bei der großen Mehrzahl der Entscheidungen die gesetzgeberischen Materialien peinlichst durchsucht wurden. Man jagte und jagt bei Entscheidung streitiger Rechtsfragen immer und immer wieder einem Phantom nach, dem sog. Willen des Gesetzgebers!

Mit wie richtigem Instinkt hat doch Friedrich der Große beim Allg. Pr. Landrecht die Veröffentlichung der Gesetzesmaterialien verboten! Man muß mit Kohler (Lehrb. des bürg. Rechts) bedauern, daß die „Motive" und „Protokolle" bei uns veröffentlicht wurden, weil sie sicher überwiegend schädlich gewirkt haben. Wer das wahre Wesen des Rechts außerhalb der gelehrten Bücherwelt, nämlich draußen in der wirklichen Rechtswelt praktisch miterlebt hat, den faßt ein wahrer Ekel — der Ausdruck ist nicht zu stark — wenn er beinahe unsere ganze Zivilrechtsliteratur, die Bücher und Aufsätze der Theoretiker und Praktiker, das Reichsgericht und ihm folgend unsere ganze Ziviljustiz immer und immer wieder im philologischen und dialektischen Irrgarten herumstolpern sieht.

Schließlich soll noch an zwei Beispielen aus den in der JW. des laufenden Jahrganges mitgeteilten Entscheidungen gezeigt werden, wie die philologische und wie die soziologische Jurisprudenz Lücken ausfüllt.

In JW. 1897 S. 301 Nr. 3 ist folgendes entschieden. Der Eigentümer zweier nebeneinander gelegenen Grundstücke hatte auf einem einen Neubau errichtet. Dabei wurde die Grenze überschritten, indem auf 13 bis 14½ m Länge ½ m zu weit in den Nachbarbauplatz hineingefahren wurde. Später wurde gegen beide Grundstücke die Zwangsversteigerung durchgeführt und beide verschiedenen Erstehern zugeschlagen. Der Ersteher des Grundstücks mit dem Neubau hat gegen den Ersteher des vom Überbau betroffenen Bauplatzes Klage auf Duldung des Überbaus erhoben. Der Fall wurde wie folgt entschieden:

I. Das LG. hat die Klage abgewiesen.

II. Das OLG. Köln hat auf die Berufung des Klägers dahin erkannt, daß der Beklagte den Überbau gegen Zahlung einer den Klägern nach den Bestimmungen der §§ 912—915 BGB. aufzulegenden Geldrente zu dulden habe.

III. Das RG. hat auf die Revision des Beklagten aufgehoben und das Urteil des LG. wieder hergestellt.

Das RG. erwägt: In der Literatur ist die Frage bestritten. Die Anwendbarkeit des § 912 ff. bejahen Wolf und Kohler, letzterer indes ohne Entschädigungspflicht durch Geldrente. Die Anwendbarkeit der § 912 ff. verneinen: Planck, Staudinger und Turnau-Förster. Letzterer Ansicht sei aus folgenden Gründen beizupflichten: Das „grunddienstbarkeitartige" Rechtsverhältnis des Überbaues könne „*begrifflich*" nur zwischen Nachbargrundstücken entstehen (res sua nemini servit). Ein von einem Eigentümer zweier aneinander grenzenden Grundstücke auf beiden errichtetes Gebäude werde in der Regel wesentlicher Bestandteil beider Grundstücke nach realen Teilen (§§ 946, 94 BGB.). Ob und inwieweit ein bloßer Überbau nach dem entgegengesetzten Willen des Bauenden als Bestandteil des Gesamtgebäudes auch Bestandteil des den Hauptteil tragenden Grundstücks werden könne, könne dahingestellt bleiben, weil auch bei *Bejahung* dieser Frage sich die Anwendbarkeit der §§ 912 ff. auf den vorliegenden Fall nicht ergebe. Das „servitutarische" Verhältnis zwischen den beiden Grundstücken könne erst *nach* deren Trennung und nur durch dinglichen Vertrag und Eintragung nach § 873 BGB. entstehen. Es wird unter Hinweis auf die „Motive" zum ZVG. ausgeführt, daß der Erwerb durch Zuschlag „keinen Raum für die Annahme und Betätigung eines rechtswirksam auf Entstehung einer Grunddienstbarkeit gerichteten Willens der Beteiligten" lasse. Die Entscheidung gipfelt in dem Satz: „Eine ausdehnende Anwendung der §§ 912—916 aber auf einen Fall, für den sie nicht gegeben, kann *durch bloß volkswirtschaftliche oder Billigkeitsgründe umsoweniger gerechtfertigt werden*, als es sich in der Tat um Ausnahmevorschriften handelt, um Ausnahmevorschriften insofern, als sie eine Ausnahme von der Regel des § 873 Abs. 1, betr. die Belastung von Grundstücken begründen."

Das OLG. hat das Argument der Analogie, das RG. das Argument aus dem Gegenteil angewendet. In der Literatur (sog. Theorie) sind — wie üblich — beide Ansichten vertreten oder eigentlich, wie wir gesehen, drei. Habe ich nun, wenn ich einen solchen Rechtsstreit beginne, die geringste Gewähr dafür, welcher Ansicht sich die letzte Instanz zuneigt? Das OLG. Köln hat sein Urteil „rein juristisch" — nach der traditionellen Methode — genau so schön begründet wie das RG. und vielleicht erleben wir, daß ein anderer Senat oder das Plenum des RG. eines Tages ausführt, die Bestimmungen, deren analoge Anwendung abgelehnt wird, enthielten ein Prinzip und der § 912 BGB. sei — wie es RG. 62, 200 heißt — „über den nächsten Sinn seiner Worte hinaus auszulegen." Die soziologische Methode dagegen würde so erwägen: Das Gesetz entscheidet den Fall nicht ausdrücklich, es hat also eine Lücke. Es hat sich gezeigt, daß im Leben auch ohne Absicht und ohne grobe Fahrlässigkeit Überbauten vorkommen und für den regelmäßigen und häufigsten dieser Fälle hat das Gesetz eine ausdrückliche Regelung, aus der hervorgeht, daß es hier den Eigentumsbegriff nicht auf die Spitze treiben und nicht fiat justitia pereat mundus sagen will. Den Fall, daß auch das vom Überbau betroffene Nachbargrundstück dem nämlichen Eigentümer gehört, hat das Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Bei dieser Konstellation wird man noch weniger eine Verpflichtung zum teilweisen Umreißen des Gebäudes als vernünftig annehmen. Es wäre dies ja nicht um ein Haar volkswirtschaftlicher oder der Billigkeit entsprechender als in dem vom Gesetz ausdrücklich entschiedenen Fall. In einem vom RG. hier zitierten anderen Fall (RG. 47, 360) hat es sich um einen ähnlichen Sachverhalt gehandelt, an den das Gesetz gleichfalls nicht ausdrücklich gedacht. Es war nämlich der Eigentümer eines Grundstücks, das zu einem Teil mit der Grunddienstbarkeit des Nichtbebauens belastet war, versehentlich etwas auf den belasteten Teil hinübergefahren. Der Dienstbarkeitsberechtigte erhob Klage auf Beseitigung des Überbaues. Eine bloße Schikane lag der Klage nicht zugrunde, anderseits aber auch keinerlei wichtiges, sondern nur ein geringfügiges Interesse. Ich konnte ehrlicherweise meiner Partei, dem Beklagten, nur sagen: Wenn unsere Gerichte vom höheren Standpunkt praktischer Vernunft und Gerechtigkeit urteilen würden, wäre ich mit der höchsten Wahrscheinlichkeit sicher, daß Sie schließlich siegen. Denn dann würden die Juristen wie ver-

nünftige Menschen um die sachlichen Interessen, nicht um Begriffe und Konstruktionen streiten. Sie würden dann sagen, was hier sogar fremden Eigentum gegenüber recht ist, das muß *um so mehr* einem bloßen Dienstbarkeitsrecht gegenüber billig sein. So aber, wo unsere Ziviljustiz philologische Begriffsjustiz treibt, kann kein Mensch auch nur mit der geringsten Wahrscheinlichkeit vorhersagen, ob die Gerichte das Argument aus der Analogie oder das aus dem Gegenteil anwenden. Wahrscheinlich ist nur das, daß das eine Gericht sich des einen, das andere des anderen Arguments bedienen wird. Genau so wird es unter den Theoretikern sicherlich — das kann man sagen, ohne sie alle zu studieren — nicht bloß zwei, sondern mindestens drei verschiedene Ansichten darüber geben. Vielleicht hat irgend ein Verfasser von Motiven oder Abgeordneter einmal etwas noch so Fragwürdiges oder Verkehrtes oder auch Kluges geäußert; das wird dann aufgestöbert und wie ein Rettungsanker begrüßt. Es kann aber auch sein, daß was der Motiven- oder Denkschriftenverfasser oder Abgeordnete darüber gemeint hat, — es sei nun vernünftig oder nicht — dem RG. Hekuba ist, wenn ihm dünkt, das Gesetz selbst „wolle" etwas anderes d. h. wenn es selbst über was anderes will. Dann wird gesagt wie in der Entsch. JW. 06 S. 470 Nr. 29 a. E.: „Der Hinweis auf die Entstehungsgeschäfte des § 258 und seinen Zusammenhang mit der älteren Praxis ist nicht durchgreifend, weil das, was daraus herzuleiten ist, in dem Gesetz selbst nicht Ausdruck gefunden hat." Welches Argument — e contrario oder ab analogia, das Ende vom Lied ist, kann ich Ihnen ungefähr nach der Methode des Blumenorakels — er liebt mich, liebt mich nicht — vorhersagen. Tatsächlich haben dann die Gerichte mit Scharfsinn das Argument aus dem Gegenteil angewendet und das Niederreißen angeordnet, weil der Beklagte nicht die *Eigentums*grenze sondern nur die Dienstbarkeitsgrenze ohne grobe Fahrlässigkeit überbaut hatte.

Nun der zweite Fall.

In JW. 1907 S. 313 Nr. 15 ist entschieden, daß die Revisionsbegründungsfrist auch dann in den Ferien laufe, wenn der Prozeß im ordentlichen Verfahren nach Abstandnahme vom Wechselprozeß oder im Nachverfahren anhängig ist. Dies wird aus dem „Begriff" der Wechselsache im Sinn des § 202 des GVG. hergeleitet. Eine soziologische Jurisprudenz hätte erwogen: wenn ein Prozeß im ordentlichen Verfahren oder Nachverfahren anhängig ist, so sind die Gründe, aus denen das Gesetz Wechselsachen zu Feriensachen erklärt, nämlich die der Beschleunigung vom Kläger selbst aufgegeben oder er hat seinen Zweck schon durch Wechselurteil erreicht. Im streitigen Fall waren, wie mir bekannt, in beiden Instanzen umfassende Beweise (Zeugen und Gutachten) erhoben worden. Also ein über Jahr und Tag sich hinziehendes Verfahren, für das auch sonst keinerlei kürzere als die normalen Fristen laufen, soll plötzlich mit der Revisionsbegründungsfrist so pressant werden, daß auch das Reichsgericht — das wäre die Folge — in den Ferien Termin anzusetzen hätte. Kein Mensch kann an so etwas vernünftigerweise gedacht haben. Gerade auch bei Auslegung der ZPO. begegnet man auf Schritt und Tritt der Konstruktionsjurisprudenz, als deren Beispiele ich nur auf die Judikatur über die unmittelbare Beteiligung im Sinne des § 393 Ziff. 4 ZPO. und die über die örtliche Zuständigkeit für Anfechtungsklagen (vgl. Jäger Kommentar zur KO. § 29 Anm. 17ff.) hinweisen will. Fast die gesamte Literatur und Judikatur auch des Prozeßrechts ist philologische Konstruktionsjurisprudenz und die Ergebnisse daher zum größten Teil anti-soziologisch. Es führte zu weit, darauf hier weiter einzugehen oder noch mehr Beispiele allein aus diesen neuesten Entscheidungen des RG. zu zergliedern, wie etwa das völlig unannehmbare Buchstabenurteil in JW. 07 S. 171 Nr. 9. Darnach soll ein bereits *vor* Annahme der verspäteten Lieferung erklärter Vorbehalt der Verzögerungsstrafe wirkungslos sein, weil es in § 341 Abs. 2 BGB. heißt „bei" der Annahme; und zwar trotzdem der Vorbehalt ausdrücklich bei Setzung der Nachfrist *für den Fall geschehen war*, daß die Lieferung noch nachfolge! Oder man nehme das nächstfolgende ausgeprägt philologische Urteil JW. 07 S. 171 Nr. 10 über die replica doli, nicht wegen des Resultats, sondern wegen der Methode. Doch mag es an diesen Beispielen allein aus den allerneuesten Entscheidungen des Reichsgerichts genügen!

Auf, laßt uns den immer noch umgehenden Bovigus töten! Im Mittelalter bezeichnete ein Gelehrter als beste Art, wie die Frage nach der Gefrierbarkeit der Öle zu lösen sei: Befragung des Aristoteles durch eingehendes Studium seiner Werke. Ist es etwas anderes, wenn wir die Frage nach Recht und Unrecht aus Schmökern, Motiven und Konstruktionen beantworten, statt sie aus dem kategorischen Imperativ und der praktischen Interessenabwägung zu lösen? Der große Scholast Aristoteles hat den wissenschaftlichen Geist in der Philosophie und Naturkunde Jahrhunderte lang beherrscht; es wurde erst heller, als der für unerschütterlich und unersetzlich gehaltene blinde Aristotelesautoritätskultus verschwand. In der Jurisprudenz ist die nämliche Rolle dem Pandektengeist zugefallen. Er wird, wie der Teufel, sofort aufhören zu erscheinen, sobald man nicht mehr an ihn glaubt.

Die hinter der philologischen Methode verborgene Richtervillkür und die Unsicherheit der Entscheidungen

sind jetzt bei jeder Lückenausfüllung so groß, daß man von einer Rechtslotterie sprechen kann. Es gibt nur einen Punkt in der Justiz, der noch dunkler ist als unsere juristische Methode zur Feststellung des Rechts, und das ist die Methode zur Feststellung der Tatsachen der Wahrheit. Der Schritt von der Philologie zur Soziologie in der Rechtswissenschaft läßt sich einigermaßen vergleichen mit dem vielleicht noch größeren von der Beweisgebundenheit zur freien Beweiswürdigung. Auch die Beweisregeln sollten Kautelen gegen Richterwillkür und Unsicherheit sein, in Wahrheit waren sie Fesseln für eine wirkliche Wahrheitserforschung. Der Schritt zur freien Beweiswürdigung konnte freilich im Zivilprozeß bis jetzt keinen Segen bringen, vor allem auch deshalb nicht, weil wir an Stelle der Unmittelbarkeit die Protokollwahrheit gesetzt haben (vgl. Fuchs: Schreibjustiz und Richterkönigtum Leipzig 1907 Teutoniaverlag und die vor kurzem erschienene Schrift von Max Guttmann: Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung Mannheim J. Bensheimer 1907). Genau so, wie man die freie Beweiswürdigung nur „Psychologen", so kann man auch die reale Methode nur „Soziologen" in die Hand geben, also beides ganz anders als heute vorgebildeten Männern. Psychologie und Sozialwissenschaft müssen die beiden Grundwissenschaften des juristischen Studiums werden.

Die wahrhaft freie Beweiswürdigung ist für Urkunden nicht die, die sich auf die nach den neueren Forschungen der Psychologie unzuverlässigen Zeugenaussagen über allerlei Gespräch „vor, während und nach" der Abfassung der Urkunde verliert, sondern die schöpferisch die Urkunde unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben auslegt und, wo Lücken sind, ausfüllt, ohne nach einem fingierten Parteiwillen zu haschen. Auch hier ist die im französischen Recht festgelegte und durch die Praxis ausgebildete Art die höhere gegenüber der unsrigen. Und ähnlich dieser französischen Methode der Urkundenwürdigung aber in einem noch viel höheren Sinne muß für die Urkunde verfahren werden, die das Gesetz enthält. Von ganz untergeordneter Bedeutung ist deshalb alles, was vor, bei und nach Abfassung dieser Urkunde unter den daran Beteiligten — also den Verfassern der Motive, Protokolle, Denkschriften und Berichte — und den Mitgliedern der Gesetzgebungsfaktoren gemeint und gesprochen wurde. Lücken sind auszufüllen lediglich nach den freien Erwägungen der Billigkeit und Gerechtigkeit auf Grund eingehender Erforschung und Abwägung nicht von allerhand Äußerungen in Denkschriften, sondern der realen Interessen. Der Weg der neuen Methode führt bei Lücken auf den nämlichen Ort, auf den das Gesetz den Richter stellt, wo es auf „die Umstände" oder auf „billiges Ermessen", auf „Vermeiden des Mißbrauchs", auf „Treu und Glauben", „Verkehrssitte" oder „gute Sitten" verweist, oder von „tunlich angemessen", „wichtigem Grund", „im Zweifel" u. dgl. spricht. Alle diese Ausdrücke sind, wie es Stammler im VerwArch. (15, 27) genannt hat, Verlegenheitsausdrücke des Gesetzgebers für den nämlichen Gedanken des „richtigen Rechts". In diesen Fällen ist einfach vom Gesetz selbst ausgesprochen, daß es lückenhaft ist. In sämtlichen übrigen vom Gesetz nicht entschiedenen Fällen handelt es sich bei den rechtlichen Streit- und Auslegungsfragen in Wahrheit genau um die nämliche Lückenausfüllung wie in jenen vom Gesetz markierten Fällen. Der einzige Unterschied ist der, daß die Lücken hier nicht wie dort im Gesetz ausdrücklich vermerkt sind. Die neue Methode ist nicht ein Schritt von der Rechtssicherheit zur Richterwillkür, sondern von der aus der fingierten Lückenlosigkeit fließenden Konstruktionskünstelei zur Lebenswahrheit. Allerdings gehören zur neuen Methode gute Richter, echte Menschen- und Lebenskenner, psychologische Soziologen, denen auch die wahrhaft freie Beweiswürdigung anvertraut werden kann. Auf dem Gebiet des Privatrechts bilden die Sätze des zwingenden Rechts nur den kleineren Teil. Aber auch bei ihnen gilt es ununterbrochen Lücken auszufüllen, vernünftig d. h. nach realer Interessenwägung und nicht nach abstrakten Begriffskonstruktionen die sich im Leben fortgesetzt erhebenden Streitfragen zu entscheiden. Bei dem namentlich das Vermögensrecht beherrschenden überwiegend nachgiebigen Recht ist das moderne Leben womöglich noch reicher an Gestaltungskraft und an Hervorbringung täglich neuer vom Gesetz nicht vorhergesehener Konstellationen. Hier muß eine wahrhaft freie lebensvolle Jurisprudenz und eine ihr kongeniale Gerichtsorganisation und Prozeßgestaltung einsetzen.

Wahrhaft freie soziologische Rechtsfindung und wahrhaft freie psychologische Beweiswürdigung ergänzen einander; ihr Bund bildet die für uns moderne Justiz. Ihm gehört die Zukunft.

Das preußische Einkommensteuergesetz in seiner jetzigen Gestalt.

Die Änderungen, die das Einkommensteuergesetz von 1891 durch das Gesetz vom 19. 6. 06 erfahren hat und die für die Veranlagung für 1907 in Wirksamkeit getreten sind, entsprechen zum Teil vielfach vorgetragenen Wünschen des Landtags, teils der Änderung der Gesetzgebung seit den 15 Jahren seiner Geltung, teils den Erfahrungen der Praxis

und berühren ebenso den Kreis der steuerpflichtigen Personen, wie das sachliche Steuerrecht, wie das Einsteuerungsverfahren.

Zwei Vorschriften erweitern den Kreis der Steuerpflichtigen, § 1*): bisher waren auch steuerpflichtig Konsumvereine, vorausgesetzt, daß sie einen offenen Laden hatten und die Rechte der juristischen Personen besaßen; von beiden Voraussetzungen wird nunmehr abgesehen. Eine erhebliche, finanzielle Wirkung ist dieser Neuerung nicht beizulegen; sie zielte hauptsächlich auf einen großen Breslauer Konsumverein ab, der bisher steuerfrei ausging; die Regierungsvorlage enthielt die Vorschrift noch nicht. Von größerer Tragweite ist dagegen die andere Erweiterung des Kreises der Steuerpflichtigen: das Gesetz von 1891 konnte die erst durch ein Gesetz von 1892 geschaffenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht besteuern; es war klar, daß von ihnen, die seither eine so großartige Entwickelung genommen haben und eine so beliebte Form der Vergesellschaftung geworden sind, eine Steuernovelle nicht achtlos vorübergehen würde. Sie haben sich entgegen der Annahme bei ihrer Schaffung viel mehr von dem Vorbild der offenen Handelsgesellschaft ab dem der Aktiengesellschaft zugewandt und stellen in der Hauptsache wie diese, denen sie auch im rechtlichen Aufbau gleichen, reine Kapitalassoziationen dar**); nicht nur ihr familiärer Charakter hat sich ganz verflüchtigt, auch das Element der persönlichen Mitarbeit der Teilhaber ist zum großen Teil geschwunden. S. 24 der Nr. 9 der Drucksachen des Abgeordnetenhauses 05/06 gibt den Bestand der preußischen Gesellschaften m. b. H. an: über 5500 mit 1½ Milliarden Mk. Kapital; dagegen waren für 1905 nur 2600 Aktiengesellschaften usw. zur Steuer veranlagt. Indem die Staatsregierung trotz aller Anfeindungen gegen die bisherige Besteuerung auch nicht-natürlichen Personen — Vorwurf der sog. Doppelbesteuerung der Gesellschaften und der Gesellschafter — an ihr festhielt, ordnete sie in dem Entwurf ihnen nun auch jene Gesellschaften ein; ausgenommen sollten die kleinen Gesellschaften m. b. H. sein, bis 100000 Mk. Stammkapital, und diejenigen, deren Gesellschafter ausschließlich nicht-natürliche, in Preußen steuerpflichtige Personen wären. Die Besteuerung sollte wie die der Aktiengesellschaften erfolgen, das steuerbare Einkommen also lediglich in bestimmt verwendeten Überschüssen bestehen, unter Abzug von 3½ v. H. des Stammkapitals, zur Beseitigung mehrfacher Besteuerung. Diese Vorschläge sind nach langen Erörterungen in der Kommission und im Plenum des Abgeordnetenhauses sowie nach Prüfung einer ganzen Reihe anderer Vorschläge aus dem Schoße dieser Körperschaften in folgender Gestalt Gesetz geworden:

Alle Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die entweder in Preußen ihren Sitz oder hier Grundbesitz oder Gewerbeanlagen usw. haben, sind steuerpflichtig mit Ausnahme derer, deren Gesellschafter ausschließlich öffentliche Korporationen in Preußen sind oder deren Einkünfte satzungsgemäß ausschließlich zu gemeinnützigen usw. Zwecken zu verwenden sind; ihr Einkommen wird nach den Vorschriften für das Gewerbeeinkommen der natürlichen Personen berechnet, § 16; dieses Einkommen unterliegt einem besonderen gegen den der übrigen nicht-natürlichen und der natürlichen Personen erhöhten Steuertarif, § 18; die Gesellschafter sind berechtigt, ihren Gewinnanteil von einer besteuerten Gesellschaft m. b. H. in ihrer Steuererklärung besonders zu bezeichnen und dadurch eine verhältnismäßige Herabsetzung der auf ihr Gesamteinkommen endgiltig veranlagten Steuer zu erwirken, § 71. Da die nicht auf die Steuerstufe der Gesellschafter einwirkenden Gewinnanteile nicht berücksichtigt werden, andererseits viele Gesellschafter von dem Recht ihrer Angabe in einer Steuererklärung nicht Gebrauch machen werden, so wird der durch die Herabsetzung der Steuer bei den Gesellschaftern entstehende Ausfall bei weitem nicht die Höhe der Besteuerung der Gewinne bei den Gesellschaften erreichen, wozu kommt, daß letztere von dem vollen Reinertrag besteuert werden, nicht allein von den Gewinnverteilungen und ferner nach einem erhöhten Steuertarif. Der freilich ganz abgeänderte Regierungsentwurf rechnete hier mit einem Steuerertrage von 2½ Millionen Mark. Diesem Mehraufkommen stehen nun nach der Annahme des Entwurfs 5,9 Millionen Mk. Mindererträge durch eine ganze Reihe von Steuererleichterungen gegenüber, die in der parlamentarischen Beratung noch gemehrt sind. So war nicht vorgesehen die der Forderung der Großgrundbesitzer entsprechende Steuerfreiheit der Zinsen landschaftlicher Amortisationsfonds, so lange der Landschaftsschuldner den zur Tilgung seiner Schuld durch alljährlich neben den Zinsen geleistete Beischläge angesammelten Fonds nach nicht erheben darf, § 5 Nr. 7, während die in derselben Richtung liegende Vorschrift des § 8 II Nr. 5 schon im Regierungsentwurf stand. Danach ist nämlich die nicht freiwillige allmähliche Tilgung von Grundstücksschulden bis zum Betrage von jährlich 1 v. H. des Kapitals und 600 Mk. vom Einkommen abzugsfähig, während sonst Kapital-

*) Das Einkommensteuergesetz (und das nur unerheblich abgeänderte Ergänzungssteuergesetz) ist mit neuer Paragraphenfolge, die im Text angewandt ist, auf S. 260 (294) der Gesetzsammlung für 1906 veröffentlicht.

**) Nur in acht deutschen Bundesstaaten mit noch nicht zwei Millionen Einwohnern sind diese Gesellschaften völlig steuerfrei.

abtragungen des Abzugsrechts ermangeln, § 8 III Nr. 1. Auch im übrigen ist der Umfang der steuerfreien Abzüge vom Einkommen stark erweitert worden. Zunächst unterscheidet der diese Abzüge aufzählende § 8 scharf zwischen den quellenmäßigen Abzügen, — d. h. denjenigen, die vom Rohertrage einer Einkommensquelle gemacht werden müssen, um den allein zu besteuernden Reinertrag zu finden, § 8 I, — und den nur persönlichen Abzügen, die sei es begrifflich bei der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit vom Einkommen zu kürzen sind, als Schuldenzinsen, Renten, dauernde Lasten, sei es aus besonderen Gründen sozialer usw. Natur entgegen dem Einkommensbegriff vom positiven Gesetz zum Abzuge zugelassen werden, wie Fürsorgekassenbeiträge usw., § 8 II; in III wird dann der selbstverständliche Nichtabzug der Ausgaben zu Verbesserungen usw., Nr. 1, sowie der Ausgaben für den Lebensunterhalt, Nr. 2, bestimmt. Danach also macht das Gesetz und das ihm entsprechende Muster zur Steuererklärung keinen Unterschied zwischen denjenigen Zinsen, Renten und Lasten, die wie die Hypothekenschuldzinsen offenbar zu den Werbungskosten gehören*) und den übrigen. Als Werbungskosten bezeichnet nämlich das Gesetz nunmehr kurz und treffend die zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung des Einkommens verwendeten Ausgaben, die quellenmäßigen Abzüge und rechnet insbesondere, also als Beispiele darunter auch Deichlasten, Beiträge zu Be- und Entwässerungsverbänden usw., die Abnutzung bei Gebäuden, Maschinen und totem Inventar, wenn ihre Beschaffung nicht als Betriebsausgabe verrechnet ist. Der Landtag hat noch die Beiträge zu den Berufskammern beigefügt (Handels- und Handwerkerkammer usw.). Bisher waren dann außer den indirekten Abgaben, die zu den Geschäftsunkosten zählen, als Zöllen, Verbrauchssteuern usw., keinerlei Steuern abzugsfähig; bei den persönlichen Steuern versteht sich das von selbst, Einkommen- und Ergänzungssteuer haben die Eigenschaft von persönlichen Aufwendungen aus dem Einkommen, können also nicht von ihm gekürzt werden**). Das Gesetz von 1891 hat dagegen die staatlichen, auf Grundbesitz, Bergbau und Gewerbe ruhenden Realsteuern für abzugsfähig erklärt, den kommunalen derartigen Steuern jedoch den Abzug versagt. Als nun durch die Steuergesetzgebung von 1893 vom 1. April 1895 an keine staatlichen Realsteuern mehr erhoben, sondern nur vom Staate für die Zwecke kommunaler Besteuerung weiter veranlagt wurden, entfiel jeder Abzug. Das wurde je länger je mehr als eine schwere Beeinträchtigung empfunden, zumal es anerkannt werden mußte, daß die Realsteuern zu den sachlichen, auf dem Ertrage ruhenden Lasten, zu den Werbungskosten gehören. Sie darum in voller Höhe für abzugsfähig zu erklären, diesen Schritt hat auch die Novelle nicht getan, wegen zu großer Verschiedenheit der Höhe der Belastung in den einzelnen Gemeinden. Aber gerade bei einer die persönliche Leistungsfähigkeit besteuernden Auflage sollte dieser Verschiedenheit Rechnung getragen werden. Ein Hausbesitzer, der im Osten der Monarchie 100 v. H. der staatlich veranlagten Gebäudesteuer zu zahlen hat, ist leistungsfähiger, als derjenige, der unter sonst gleichen Verhältnissen im Westen 300 v. H. zahlen muß. Es ist also nur der Zustand, der bis 1895 herrschte, wiederhergestellt, wenn in § 8 I Nr. 3 die von dem Grundeigentume, dem Gewerbebetrieb und dem Bergbau zu entrichtenden direkten Kommunalsteuern bis zur Höhe der staatlich veranlagten Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer zu den abzugsfähigen Werbungskosten gerechnet werden; in den selbständigen Gutsbezirken sind neben den realen Kommunal-(Kreis)-steuern auch die Gutslasten, die anderwärts der Gemeinde obliegen, z. B. die Schullasten, abzugsfähig, aber beide zusammen nur bis zur staatlichen Veranlagung der Realsteuern, wobei die Gutslasten für sich allein mit 50 v. H. jener angesetzt werden; betragen also die Realsteuern nicht 50 v. H. der staatlichen Veranlagung, sondern z. B. 40 und die Gutslasten 60 v. H., so sind doch nur 90 v. H. abzugsfähig. Unter den auf dem Gesamteinkommen ruhenden Abzügen, § 8 II, nahmen schon immer die Renten und dauernden Lasten einen breiten Raum ein. Abzugsfähig waren bisher alle Renten, aber nur diejenigen dauernden Lasten, die auf einem besonderen Rechtstitel beruhen. War somit eine strenge begriffliche Scheidung beider Arten von Leistungen geboten, so haben es doch Lehre und Rechtsprechung daran durchaus fehlen lassen. Insbesondere hat letztere alle derartige Zahlungen stets unter dem Gesichtspunkt der dauerden Last geprüft und den Abzug nur zugebilligt, wenn sie auf einem besonderen Rechtstitel beruhte: Zulagen an Kinder, Unterhalt des unehelichen Kindes, der geschiedenen Frau, Altenteile u. s. w. Und doch hat man hier, wenn, wie es im Gesetz geschieht, ein Unterschied zwischen dauernder Last und Rente gemacht wird, lediglich eine Rente vor sich, sogar, wenn die Leistung in Naturalien besteht; denn §§ 893 bis 895, 912, 917, 1361, 1580, 1612, 1710 BGB. sprechen von der Geldrente; § 760 aber von „einer anderen Rente“ und deren Beschaffenheit. Jede Rente ist eine dauernde Last im Sinne des Einkommensteuer-

*) Vergl. § 9 des Reichserbschaftsteuergesetzes vom 3. 6. 06, RGBl. 654.

**) Die Erbschaftssteuer kann nicht von der erbschaftssteuerpflichtigen Masse gekürzt werden, § 29 des Reichserbschaftssteuergesetzes, übrigens auch nicht bei der Einkommensteuerveranlagung, weil sie auf dem Vermögen ruht.

gesetzes, aber nicht umgekehrt. Dauernde Last hat also einen engeren Begriff; sie umfaßt die unregelmäßigen und die in Diensten bestehenden Leistungen. Der Regierungsentwurf wollte nun beide Arten verschmelzen, indem für abzugsfähig erklärt wurden: die auf besonderen Privatrechtstiteln beruhenden Renten und dauernden Lasten. Der Rechtstitel, d. h. der Rechtsgrund der Leistung sollte dem Privatrecht angehören, womit alle dem öffentlichen Recht angehörenden Entstehungsgründe ausgeschlossen waren; sodann sollte er ein besonderer sein, d. h. nicht schon allgemein auf Gesetz beruhen. Wer jemanden körperlich beschädigt, ist unter Umständen zur Leistung einer Jahresrente verpflichtet; der Rechtsgrund dieser Verpflichtung entstammt dem Privatrecht, §§ 893 ff BGB.; hat ein Erbe einem Anderen eine testamentarische Rente zu entrichten, so ruht der Rechtsgrund zwar auch im Privatrecht, ist aber kein allgemeiner, sondern ein besonderer. Sah man also die Entschädigung für körperliche Beschädigung nicht mit der Rechtsprechung als eine dauernde Last an, sondern als eine Rente, so war sie nach dem bisherigen Rechtszustande abzugsfähig; nach dem Entwurf der Novelle entfiel ihr Abzug. Der Entwurf ist aber insofern erheblich abgeändert, als nunmehr beide, Renten wie dauernde Lasten, um abzugsfähig zu sein, nur auf Privatrechtstiteln (oder auf Kirchenpatronatsverpflichtungen) zu beruhen brauchen. Anscheinend ist nur beabsichtigt gewesen, den öffentlich-rechtlichen Titel der Kirchenpatronatsverpflichtungen in die Bestimmung aufzunehmen; zu dem Zwecke erfolgte eine Umstellung der Worte und dabei ist versehentlich das Wort „besondere" vor „Privatrechtstiteln" weggefallen. Nach dem Gesetzeswortlaut, wenn auch kaum nach dem Gesetzgeberwillen sind also Rechtsgründe, die auch unmittelbar auf einer Privatrechtssatzung beruhen, für den Abzug entscheidend*). Im Anschluß an diese Abzüge sei gleich der Abänderung des bisherigen Kinderprivilegs gedacht; § 19 hat dieses vollständig umgestaltet und erheblich erweitert. Jeder gesetzlich zu unterhaltende und tatsächlich unterhaltene Familienangehörige ohne Rücksicht auf sein Alter berechtigt zum Abzuge von 50 Mk. vom Einkommen bis zu 3000 Mk; wenn 3 oder 4 vorhanden sind, wird der tarifmäßige Steuersatz um eine Stufe, wenn 5 oder mehr, um zwei Stufen ermäßigt. Diese Ermäßigung um eine oder zwei Stufen genießen auch unter den gleichen Voraussetzungen die Steuerpflichtigen mit Einkommen bis zu 6500 Mk. Die Ehefrau rechnet dabei nicht mit und auch andere Familienangehörige über 14 Jahre zählen nicht mit, wenn sie entweder im Erwerb des Steuerpflichtigen dauernd tätig sind oder ein eigenes Einkommen von mehr als der Hälfte des ortsüblichen Tagelohns haben. Besonders einerseits die kleinen Leute, bei denen vielfach noch die Eltern oder Großeltern mit erhalten werden müssen, werden die Vorteile dieser Ausdehnung genießen; anderseits gehen auch die größeren Einkommen, wie sie beispielsweise die meisten höheren Beamten haben, dabei nicht leer aus. Voraussetzung ist aber die gesetzliche Unterhaltspflicht, die z. B. nicht gegenüber Geschwistern besteht, auch nicht gegenüber den Schwiegereltern, es müßte denn besonderes Einkommen der Ehefrau dem Manne angerechnet und diese unterhaltspflichtig sein, vergl. § 1604 BGB. In solchen Fällen kann jedoch beim Vorhandensein außergewöhnlicher Belastung und dadurch hervorgerufener wesentlicher Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit Ermäßigung des tarifmäßigen Steuersatzes bis zu 3 Stufen (bei nicht mehr als 9500 Mk. Einkommen) bewilligt werden, § 20. Äußerlich ist auch die übernommene Haushaltsbesteuerung wesentlich verändert, § 10; nur noch alles Einkommen der Ehefrau, gleichgültig welchem Güterrecht sie untersteht, ist, wenn sie nicht dauernd vom Manne getrennt lebt, diesem zuzurechnen; bisher wurde ausdrücklich auch das Kindereinkommen als beim Haushaltungsvorstande zu veranlagen bezeichnet, wenn dieser das Verfügungsrecht darüber hatte. Diese Vorschrift ist fortgefallen; denn rechtlich ist das so begrenzte Einkommen solches des Haushaltungsvorstandes, nicht des Kindes; das übrige hatte dieses auch schon bisher zu versteuern, wobei es unerheblich war, ob wegen seiner Höhe ein positiver Steuersatz darauf veranlagt werden konnte (Veranlagung auf „frei").

Unter den sachlichen Änderungen dürfte die einschneidendste § 9 enthalten. Besteuerung auf der Grundlage der Vergangenheit. Das bisherige Gesetz zog aus der Absicht der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit die Folgerung, daß das zukünftige Einkommen, das des Steuerjahres, für das die Veranlagung stattfand, für die Höhe des Steuersatzes entscheide. Dieses stand nun bei einem Teil des Einkommens fest, Gehälter-, Miet- und Kapitalzinsen u. dergl. ließen sich zum voraus für das Steuerjahr berechnen; bei anderem Einkommen, dem schwankenden Ertrag aus Gewerbe, Landwirtschaft, usw. mußte man notgedrungen etwas anderes für das Einkommen des Steuerjahres setzen: das war der Durchschnitt einer höchstens dreijährigen Vergangenheit. Die Schwierigkeiten bei den nicht einfach rechnungsmäßig nachzuweisenden Einnahmen (Ausgaben) der kleinen Gewerbetreibenden, der Arbeiter mit ihrem wechselnden Verdienst usw. ließen in der Novelle die ganze Unterscheidung, so

*) Auf dem öffentlichen Recht beruhende Lasten aller Art sind abzugsfähig, wenn ihnen die Eigenschaft als Werbungskosten zugesprochen ist.

berechtigt sie war, über Bord werfen. Nur bei den nicht-natürlichen Personen, sowie bei buchführenden Kaufleuten und Landwirten wird auch weiterhin mit dem Durchschnitt der Vergangenheit gerechnet. Sonst entscheidet das Einkommen des vor der Veranlagung liegenden Kalenderjahres; hat aber die bei Beginn des neuen Steuerjahres vorhandene Einkommensquelle für den Steuerpflichtigen noch nicht seit dem vorletzten 1. Januar bestanden, entweder überhaupt noch nicht oder nicht im wesentlichen unverändert, so ist das mutmaßliche Einkommen des ersten Jahres zu schätzen. Streitig ist geworden, ob sich diese Rechnung nur auf die Einkommensquellen, d. h. quellenmäßige Einnahmen und Ausgaben bezieht oder auch auf solche Ausgaben, die wie persönliche Schuldenzinsen, Kassenbeiträge usw. nicht quellenmäßig sind; der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen letztere Annahme: abzugsfähig sind „die zu zahlenden Schuldenzinsen," „die zu entrichtenden Beiträge," „Versicherungsprämien, die gezahlt werden." Aber sedes materiae sind nicht diese Bestimmungen, weshalb sie ohne Zwang dahin ausgelegt werden können, daß nur Zinsen, Beiträge, in Betracht kommen, für deren Entrichtung auch für die Zukunft eine Verpflichtung besteht*): übrigens fehlt bei den Renten und dauernden Lasten jede Angabe, welcher Zeitraum ihrer Anrechnung zugrunde gelegt werden soll, so daß bei dem gesetzgeberischen Willen der Abschaffung der Veranlagung unter Zugrundelegung der Zukunft nur die einjährige Vergangenheit genommen werden konnte; eine abweichende Behandlung der Zinsen usw. wäre aber nur angängig, wenn das deutlich zum Ausdruck gekommen wäre. Das ist nicht der Fall. Der Wortlaut „zu zahlende Schuldenzinsen" entspricht also vielmehr dem § 9 Nr. 1 „Bestand der einzelnen Quellen bei Beginn des Steuerjahres"; im übrigen entscheidet § 9 Nr. 2: die Veranlagung erfolgt nach dem Ergebnis des unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres. Die weitere Bestimmung wegen einer noch nicht ein Jahr bestehenden Quelle ist dann analog auf Schuldenzinsen usw. anzuwenden.

Erfolgt die Veranlagung nicht vom 1. April, sondern von einem in den Lauf des Steuerjahres fallenden Zeitpunkt an, so soll der Bestand der Quellen in diesem Zeitpunkt maßgebend sein. § 9 Nr. 1. Wenn jemand durch eine ihm am 10. Mai zugefallene Erbschaft steuerpflichtig wird, geschieht die Veranlagung vom 1. Juni an, § 64, als dem Beginn des auf den Eintritt der Steuerpflicht folgenden Monats; wie ist es mit Veränderungen in der erworbenen Quelle, beispielsweise ihrem Wegfall in der Zeit vom 10. bis zum 31. Mai. Nach § 9 ist der Stand am 1. Juni maßgebend, also bei zwischenzeitlichem Wegfall (von der Möglichkeit des Ermäßigungsverfahrens, § 63, kann bei dieser Untersuchung abgesehen werden) das Einkommen nicht zu veranlagen; nach § 64 hat es aber den Anschein, als ob zwischenzeitliche Änderungen an der schon eingetretenen Steuerpflicht nichts ändern, weil die Bestimmung des nächstfolgenden Monatsersten nur eine technische, keine sachliche Bedeutung hat*). Mochte bisher, wo eine ausdrückliche Bestimmung fehlte, wie sie jetzt § 9 enthielt, mit Grund die Nichtberücksichtigung derartiger Veränderungen behauptet werden, gegenüber dem § 9 ist diese Auffassung nicht mehr haltbar; nicht § 64, sondern § 9 ist sedes materiae. Andernfalls müßte man auch eine einem schon Veranlagten am 1. März angefallene, bis zum 1. April wieder weggefallene Erbschaft folgerichtig vom 1. April an mitveranlagen, während doch der Bestand aller Quellen am 1. April entscheiden soll.

Ob es bei dieser neuen Bestimmung auch unmöglich ist, Erträge von Quellen, deren Eintritt für einen bestimmten Zeitpunkt im Laufe des Steuerjahres bevorsteht, zu veranlagen, ist fraglich.

Wurde bisher schon die Meinung vertreten, die Einkommensteuer sei eine Nachsteuer, eine Steuer auf das gehabte Einkommen, so hat diese Ansicht durch die Novelle neue Nahrung erhalten, ist aber gleichwohl zu verwerfen sowohl vom Standpunkt der Lehre aus, wie von dem des positiven Gesetzes. Soll die Leistungsfähigkeit besteuert werden, so kann es doch offenbar immer nur die gegenwärtige sein, nicht eine vergangene, und wie würde sich die Zugangsbesteuerung wegen Erbschaft usw., die Ermäßigung wegen Verlust einer Quelle rechtfertigen lassen, ja auch nur die Forderung, daß die Quelle, deren Ertrag veranlagt werden soll, bei Beginn des Steuerjahres bestehen muß, mit allen den Folgerungen daraus.

In den Vorschriften über die einzelnen Einkommenquellen sind nur wenige Änderungen getroffen. Nachdem ein Bundesratsbeschluß das Einkommen des persönlich haftenden Gesellschafters auch einer Kommanditgesellschaft auf Aktien für solches gewerblicher Natur erklärt hat, können nur noch die Gewinnanteile der Kommanditisten und die einem persönlich haftenden Gesellschafter für seine Einlage auf das Kommanditkapital für Einkommen aus Kapitalvermögen angesehen werden, § 11; die Folge ist, daß die Tantiemen dieses Gesellschafters und seine Gewinnanteile für die nicht auf das Kommanditkapital gemachten Einlagen, die als Gewerbeeinkommen besteuert werden, § 13, bei der Gesellschaft selber steuerfrei bleiben, § 15. Bei dem Grundeinkommen, § 12

*) Nur die am 1. April bestehendes, berechtigt zum Abzuge weder die erst an dem Tage entstehende, noch die bei Beginn des Tages erloschene.

*) Vgl. dazu RG. vom 30. 9. 06 im PrVerwBl. 28, 396.

Leipzig

macht die Bemessung des Ertrages der nicht nach einem forstmäßigen Plane bewirtschafteten Waldstücke besondere Schwierigkeiten. Nach feststehender Rechtsprechung sind einmal nur die Erlöse aus tatsächlichen Abtrieben steuerbar, aber auch nur, soweit sie Frucht des Holzbestandkapitals sind; d. h. ein Eingriff in dieses liefert kein steuerbares Einkommen, während es ohne Belang ist, ob der Einschlag bis zum Kapital herab das Wachstum des letzten Jahres oder dasjenige mehrerer, selbst vor der Besitzzeit des Eigentümers darstellt. Der Schwierigkeit, bei den nicht planmäßig bewirtschafteten Holzungen den Umfang des zur nachhaltigen Holzerzeugung unberührt zu erhaltenden Holzkapitals zu bestimmen, ist man nun durch die Vorschrift begegnet, daß die Abtriebe nicht zu rechnen sind, soweit sie in einem Jahre sich auf mehr als den zehnten Teil des Werts des vorhandenen Holzes erstrecken. Damit ist freilich nicht gesagt, daß unbedingt 1/10 des Werts wenn abgetrieben, auch steuerbar ist, was nicht nur für Fälle wie Abtrieb wegen Windbruchs usw. gilt.

Als Gewerbeeinkommen, § 13, gilt der Geschäftsgewinn, der bei Steuerpflichtigen, die Handelsbücher nach Vorschrift der §§ 38 ff. HGB. führen, unter Beachtung der Vorschriften der §§ 8, 9 (Abzüge vom Einkommen und maßgebendes Jahr) nach den Grundsätzen für Inventar und Bilanz usw. zu berechnen ist. Sachlich ist durch diese etwas anders als bisher lautende Vorschrift nichts geändert. Der Wortlaut des Gesetzes läßt jene Berechnung auch für ordnungsmäßig Buch führende Minderkaufleute gelten.

Bei dem Veranlagungsverfahren hat eine Neuerung zu lebhaften Kämpfen geführt. Die zahlreichen kleinen Arbeitseinkommen konnten bisher in den weitaus meisten Fällen nicht richtig erfaßt werden. Der die erste Sammlung von Nachrichten über das Einkommen aller Einwohner beschaffenden Ortsbehörde wurde daher im § 23 das Fragerecht und den Arbeitgebern die Antwortpflicht bezüglich des Lohnes ihrer Angestellten auferlegt. Diese als Belästigung empfundene Pflicht glaubten die Arbeitgeber nur dahin auslegen zu sollen, daß sie lediglich den Lohn ihnen bestimmt bezeichneter, bei ihnen tätiger oder tätig gewesener Arbeiter anzugeben brauchten. Nun mag die Bestimmung selbst nicht zweifelsfrei gefaßt sein; dagegen ging der Wille dahin, auch die Benennung der Arbeiter usw. dem Arbeitgeber aufzuerlegen. Denn die Hauptschwierigkeit für die Behörde lag eben darin, erst einmal überhaupt zu wissen, wo jeder tätig war. Die Befragung jedes Arbeiters war nach der Personenstandsaufnahme unmöglich durchzuführen. Der Streit um den Umfang der Pflicht, deren Nichtbefolgung Strafen nach sich zieht, wird noch die Gerichte beschäftigen; man darf gespannt darauf sein, ob sie dem Gesetz die allein brauchbare Auslegung geben werden*).

Eine Änderung, die zunächst anscheinend nicht recht gewürdigt wird, trotzdem sie von großer Wichtigkeit im Interesse der Steuerpflichtigen ist, enthält § 31. Bisher verlor derjenige, der seine Steuererklärung nicht rechtzeitig abgab, wenn er nicht genügende Entschuldigungsgründe vorzubringen hatte, die Rechtsmittel gegen seine Veranlagung. Dieser für den einzelnen Betroffenen sehr schwerwiegende Nachteil wurde im allgemeinen wenig empfunden; diejenigen, welche verspätet ihre Steuererklärung abgegeben hatten, welche letztere ebenso wie alle anderen gehörig beanstandet werden mußten, wenn die Behörde ihr nicht folgen wollte, hatten zunächst keinen sachlichen Anlaß, das unzulässige Rechtsmittel einzulegen; nunmehr ist der Nachteil des einzelnen fortgefallen; die Rechtsmittel sind unbeschränkt zulässig, aber allgemein steht auf die nicht entschuldigte Verspätung ein Zuschlag von 5 v. H. zur endgiltig festgesetzten Steuer.

Von den Vorschriften über das Verfahren verdient besondere Erwähnung noch die durchgreifende Änderung der Rechtsmittel. Jeder Steuerpflichtige, auch der mit dem kleinsten Einkommen, hatte neben der Berufung (tatsächliche und rechtliche Prüfung) das Recht der Beschwerde (rechtliche Prüfung) an das Oberverwaltungsgericht. Dieses wurde gerade mit den Beschwerden in den kleinen Sachen außerordentlich belastet,**) andererseits war es für diese nicht immer von Vorteil, daß auf das Einkommen die volle Schärfe der gesetzlichen Bestimmungen angewendet wurde. So hat man einen schon bisher in dem Aufbau des Verfahrens vorbereiteten Schritt getan: bezüglich der Einkommen bis 3000 Mk. hat die örtliche Voreinschätzungskommission das Recht des Steuervorschlags; tritt diesem der Vorsitzende der übergeordneten Veranlagungskommission bei***), so setzt er den Steuersatz auch fest; nur die nicht genehmigten Vorschläge sowie alle Sachen über 3000 Mk. gehen an die Veranlagungskommission zur Steuerfestsetzung. Nunmehr ist diese es, an die das erste Rechtsmittel, der Einspruch, in allen Sachen bis 3000 Mk. Einkommen geht und gegen ihre Entscheidung findet nur die Berufung an die Berufungskommission

*) Durch das Gesetz vom 18. Juni 1907 GS. 139, ist in § 23 inzwischen die Verpflichtung der Arbeitgeber näher bestimmt worden, gleichzeitig aber den Arbeitern allgemein auferlegt, bei der Personenstandsaufnahme ihren Arbeitgeber (in der Hausliste) zu nennen.

**) Von den 6768 Beschwerden in 1903 betrafen 4677 oder 70 v. H. Steuerpflichtige mit einem Einkommen bis 3000 Mk; die 4677 machten aber nur 0,13 v. H. dieser Veranlagten aus.

***) Das geschieht in 95 v. H. der Fälle!

statt*). Das Recht der Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht haben sie nur, wenn auf Berufung des Vorsitzenden der Veranlagungskommission ein Einkommen von mehr als 3000 Mk. festgestellt ist. Die Rechtsmittel für die Einkommen von mehr als 3000 Mk. sind wie bisher Berufung und Beschwerde. Die Einführung einer Art summa revisibilis wird einmal zu einer großen Entlastung der Berufungskommissionen führen und andererseits den Steuerpflichtigen schneller als bisher, jedenfalls bis zum zweiten Steuerzahlungstermin, 15. August, in den Besitz der ersten Rechtsmittelentscheidung bringen, die in der bei weitem größten Mehrzahl der Fälle ihrem Antrage stattgibt, also unangefochten bleibt**). Diese auf den ersten Blick befremdliche Tatsache wird leicht erklärlich, wenn man bedenkt, daß bei den geringen Einkommen, bei denen das Hilfsmittel der Steuererklärung in der Regel fortfällt, die Steuerfestsetzung sich mit Annahmen, Schätzungen begnügen muß; die Arbeit drängt sich zudem auf wenige Wochen zusammen, wonach ebenfalls die Einzelarbeit ausgeschlossen ist, wie sie in dem längeren, für die Erledigung der Rechtsmittel zu Gebote stehenden Zeitraum geschehen kann und geschieht. So standen 1903 für die Bearbeitung von etwa 4 Millionen Sachen (Steuerpflichtigen) nur Wochen zu Gebote, für die Erledigung der 300 000 Berufungen aber Monate. Eine nicht geringe Einwirkung auf das Ergebnis der Rechtsmittel der Pflichtigen mit nicht mehr als 3000 Mk. Einkommen ist auch dem Umstande beizulegen, daß die Feststellung dieser Einkommen notgedrungen im wesentlichen 4 Monate vor Beginn des Steuerjahres erfolgen muß, den zahlreichen Änderungen im Bestande bis zu diesem Zeitpunkt zu folgen also dem Rechtsmittelverfahren vorbehalten bleibt.

Jedenfalls ging die bisherige Bearbeitung von mehr als 300 000 Berufungen durch 36 Berufungskommissionen nicht so schnell vor sich als diejenige durch 575 Veranlagungskommissionen vor sich gehen würde. Durch diese Dezentralisation kann die Güte der zu leistenden Arbeit nur gewinnen und es ist nicht zu besorgen, daß die kleinen Einkommen rechtlich anders behandelt werden als die großen, da die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts sofern sie zu einer feststehenden geworden ist***), sich mit Naturnotwendigkeit auch dann Eingang in die unteren Instanzen verschafft, wenn deren Entscheidungen inappellabel sind. Ist es doch bei den ordentlichen Gerichten nicht anders!

Die Einkommensmehrung im Laufe des Steuerjahres führte vor dem Gesetz von 1891 zu keiner Höherveranlagung von der Mehrung an; 1891 wurde damit zu Lasten der Erbanfälle gebrochen, 1893 bei der Vermögensbesteuerung auch zu Lasten der Fideikommißanfälle, des Abteilungsvertrages zwischen Eltern und Kindern, der Schenkung und Verheiratung; nunmehr sind, § 62, nicht bloß diese Fälle der Mehrung des Einkommens aufgenommen, sondern auch der Fall des Vermächtnisses, sodaß wenigstens in den meisten Fällen des Übergangs von Vermögen im Laufe des Steuerjahres dem Steuerabgang ein Steuerzugang entspricht. Die Steuermäßigung, § 63, greift aber außer dem Falle, daß das weggefallene Einkommen anderweit zur Steuer herangezogen wird, schon Platz, wenn mehr als 1/5 (bisher 1/4) weggefallen ist. Doch ist der Antrag auf Ermäßignng nunmehr an eine Frist gebunden: er muß binnen 3 Monaten nach Ablauf des Steuerjähres der Minderung gestellt sein.

Die sonstigen Abänderungen, wie auch diejenigen des Ergänzungssteuergesetzes sind von geringerem allgemeinen Interesse; die Rechtsmittel des letzteren Gesetzes sind ebenso geordnet wie im Einkommensteuergesetz: wer nicht zur Einkommensteuer, aber zur Vermögenssteuer veranlagt ist, wozu die §§ 17, 19 zu vergleichen sind, oder wer von nicht mehr als 3000 Mk. Einkommen veranlagt ist, hat gegen seine Ergänzungssteuerveranlagung das Rechtsmittel des Einspruchs an die Veranlagungskommission, der Berufung an die Berufungskommission; sollte diese aber sein Vermögen auf mehr als 100,000 Mk. festgesetzt haben, so steht ihm noch die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht zu. Die Rechtsmittel der übrigen Veranlagten sind wie bisher die Berufung und die Beschwerde.

So hat die Novelle zahlreiche Verbesserungen gebracht und die Wünsche, die sich an sie knüpften, wenn auch nicht voll, so doch in weiten Grenzen befriedigt. Dem neuen Gesetz wird zweifellos beschieden sein, zu erreichen, was schon das alte wollte, eine gerechtere Lastenverteilung, wie sie in den wenigen Zahlen zum klarsten Ausdruck kommt: 1906 brachten 529 000 Steuerpflichtige mit mehr als 3000 Mk. Einkommen 156 300 000 Mk. Steuer oder 11,3 v. H. der Steuerpflichtigen brachten 72 v. H. des Veranlagungssolls aufbrachten; dagegen 4 146 000 Steuerpflichtige mit weniger als 3000 Mk. Einkommen nur 60 460 000 Mk. Steuer, 88,7 v. H. der Steuerpflichtigen also nur 28 v. H. des Solls.

S.

*) Diese Steuerpflichtigen haben nun also zwei Rechtsmittel sowohl für Fragen tatsächlicher wie rechtlicher Natur.

**) Gegenüber 307,628 Berufungen in 1903 sind nur 4677 Beschwerden eingelegt, also 1,5 v. H.; von den Beschwerden sind zwar 45 v. H. für begründet erkannt, dadurch sind aber nur 0,02 v. H. des Veranlagungssolls der Pflichtigen bis 3000 Mk. Einkommen abgängig geworden.

***) Es sei hier nur an die zahlreichen Änderungen früher ausgesprochener Rechtsansichten erinnert, wovon schon die Zahl der Plenarentscheidungen (18) Zeugnis ablegt.

Zur Auslegung der Klausel „Lieferung franko Waggon."[1])

(Urteil des Hans. OLG. zu Hamburg C. S. II.)

Zwischen der Aktiengesellschaft F. in S., an deren Stelle später die Klägeein getreten ist, und einem Konsortium westfälischer Hüttenwerke, dem die Beklagte angehört, ist am 13./19. Febr. 1900 ein Vertrag geschlossen worden; darnach hatte die Klägerin, als Verkäuferin, an die Beklagte als Käuferin, schwedisches Eisenerz zu liefern und zwar jahrweise bestimmte Quantitäten in monatlicheu Raten. Das Erz war ab Lulea oder ab Narwik zu verschiffen und zwar entweder nach Emden oder nach Rotterdam oder nach Amsterdam, je nach rechtzeitig getroffener Wahl der Beklagten. Der gewählte kontinentale Hafen war der vertraglich bedungene Erfüllungsort, wo die Beklagte das Erz durch ihren sie vertretenden Spediteur in Waggons oder in Fluß- (oder Kanal-)schiffen, die sie längsseite des angekommenrn Dampfers zur Verfügung halten mußte, in Empfang zu nehmen hatte.

Der Kaufpreis war „franko Waggon" (bezw. franko Fluß- oder Kanalschiff) bedungen und im übrigen in vertraglich näher präzisierter Weise zu berechnen. Der Seetransport ging für Rechnung und Gefahr der Verkäuferin.

Das Gewicht des zur Verladung gelangenden Erzes wurde in Lulea, bezw. in Narwik durch im Vertrage näher bezeichnete Beamte amtlich durch Verwiegung ermittelt und festgestellt. Die Beklagte hatte das Recht, durch einen Vertreter diese in Lulea oder Narwik vorzunehmende Verwiegung ständig zu kontrollieren. Das so festgestellte Gewicht war für die Berechnung des Kaufpreises der betr. Dampferladung maßgeblich und hatte auch für die Konossemente zu gelten.

Bei der Ausführung dieses Vertrages, dessen sonstige Bestimmungen hier nicht interessieren, ist zwischen den Parteien Streit darüber entstanden, wer von ihnen die am Erfüllungsorte bei der Beladung von Waggons nach den internationalen Bestimmungen des Eisenbahnfrachtverkehrs zu beachtende Sorgfalt — (in der Ausnutzung der vollen Normaltragfähigkeit und in der Nicht-Überschreitung der Maximaltragfähigkeit des Waggons) — zu leisten hatte.

Die Klägerin vertritt die Rechtsauffassung, daß sie mit dem Geschäft der Beladung der Waggons, (das den Belader verpflichtet, der Eisenbahnverwaltung gegenüber die Tragfähigkeit und Beladungsgrenze der Waggons berücksichtigen und einhalten zu müssen), überhaupt nichts zu tun gehabt habe. Sie stützt sich darauf, daß es nicht ihr oblag, den Transport der Erze vom kontinentalen Seehafen ins Binnenland (nach Dortmund) zu besorgen, weder für ihre Rechnung noch für Rechnung der Beklagten. Die durch ihren eigenen Spediteur im Seehafen, wo das Erz von ihr zu empfangen war, vertretene, also in der Person ihrrs Vertreters selbst ortsanwesende Beklagte habe selbst den Landtransport zu besorgen gehabt, selbst mit der betreffenden Eisenbahnverwaltung kontrahiert, selbst die Waggons längsseite des Seeschiffs gestellt. Klägerin meint, daß bei diesem Sachverhalt die für die Preisbestimmung getroffene Abrede: „franko Waggons" sie, als Verkäuferin, nicht habe verpflichten könne, sich um die ordnungsmäßige Belastung der Waggons kümmern zu sollen und zu müssen, so wenig, wie sie sich um die Beschaffung der Waggons und um deren Expedition nach Dortmund habe kümmern sollen. Alles das habe der Beklagten obgelegen. Ebenso wie die Beklagte, wenn sie statt der Waggons Fluß- oder Kanalschiffe längsseite des Seeschiffs gestellt hätte, durch ihren Schiffer, den Transportübernehmer, der solchenfalls für sie (oder für ihren Vertreter, den Spediteur), der Empfänger des aus dem Seeschiff ins Flußschiff geschütteten Erzes gewesen wäre, für die ordnungsmässige Verstauungs des Erzes im Flußschiffe und für die Berücksichtigung der Ladefähigkeit des Flußschiffes zu sorgen gehabt haben würde, habe die Beklagte durch ihren Spediteur dafür zu sorgen gehabt, daß das in die Waggons geschüttete und so empfangene Erz, — da in diesem Falle der Transportübernehmer, (die Eisenbahn), den Empfänger nicht vertrete, sondern ihm den Empfang und die ordnungsmäßige Beladung der Waggons mit der empfangenen Ware überlasse — ordnungsmäßig (ohne Überlastung der Waggons), in den Waggons verteilt, verstaut und verladen wurde. Das Gewicht des auszuliefernden Erzes sei nach dem Vertrage bei der Abladung in Schweden schon maßgeblich und endgültig festgestellt gewesen; eine Verpflichtung, dem Käufer das Erz am Erfüllungsorte zuzuwiegen, habe also die Klägerin nicht gehabt. Mit dem bloßen Hineinschütten des Erzes aus dem Dampfer in die von der Beklagten gestellten Waggons habe deshalb die Klägerin alle ihre in Bezug auf die Ablieferung ihr obliegenden Vertragspflichten vollständig erfüllt gehabt. Mit dem Augenblicke, wo das Erz in die Waggons gelangte, habe die Beklagte es empfangen. Alles weitere, insonderheit also auch das Verwiegen der gefüllten Waggons auf den Wägevorrichtungen der Eisenbahn und im Falle der Überlastung das teilweise erforderlich werdende Wiederab- und Umladen der Waggons sei lediglich Sache der Beklagten, aber nicht der Klägerin gewesen, die mit alledem nichts mehr zu tun gehabt und zur Eisenbahnverwaltung in gar keinen Vertragsbeziehungen gestanden habe.

[1]) Vgl. Urt. d. RG. in dieser Sache; diese Ztschr. 1906, 48.

Demgegenüber beruft sich die Beklagte auf die, ihrer Behauptung nach, im nordeuropäischen Handelsverkehre allgemein durch Usanz anerkannte Bedeutung der Klausel: „franko Waggon," die dahin gehe, daß der Verkäufer der „franko Waggon" verkauft habe, die Ware nicht bloß, wie Klägerin wolle: „in den Waggon," sondern vielmehr „im Waggon" nämlich ordnungsmäßig im Waggon verladen, so daß dieser nach den eisenbahnrechtlichen Vorschriften abrollfähig sei, zu liefern und anzudienen habe. Hierfür sei es ganz gleichgültig, ob der Verkäufer oder der Käufer den Waggon zu stellen und zu expedieren habe. Als allein entscheidend komme nur in Betracht, daß „franko Waggon" verkauft sei. Und es sei selbstverständlich „franko Waggon" verkauft, wenn der Kaufpreis „franko Waggon" berechnet werden solle. Für diese Bedeutung des Verkaufes „franko Waggon", als eine nach allgemeiner Verkehrsansicht in Nord-Europa feststehende, hat die Beklagte sich auf Sachverständige berufen und sie hat geltend gemacht, daß die von der Klägerin zur Argumentation benutzte Parallele mit dem Verkaufe „franko Fluß- oder Kanalschiff" ganz hinfällig sei, weil die im Eisenbahnverkehre für die Waggonbeladung gegebenen Verhältnisse eben durchaus andere seien, als die im Wasserverkehre für die Beladung von Schiffen bestehenden und deshalb den Vergleich nicht zuließen.

In Verfolg dieser ihrer Rechtsauffassung hat die Beklagte in einem Falle die ihr in Amsterdam durch Überlastung dreier Waggons, die sie abgenommen hatte, an Stand- und Strafgeldern erwachsenen Kosten aufrechnungsweise der Klägerin, die sich diesen Abzug, als nach ihrer Überzeugung rechtwidrig, nicht gefallen lassen will, am Kaufpreis gekürzt. In einem zweiten Falle hat sie ebenfalls in Amsterdam die Empfangnahme von sieben mit Erz überlasteten Waggons überhaupt verweigert. Das Erz hat wieder ausgeladen werden müssen und lagert noch jetzt in Amsterdam.

Es hatte nämlich die Klägerin der Beklagten im März 1903 in Amsterdam Eisenerz angeboten, das dort von Narwik mit den Dampfern „Haraldswang" und „Manningham" angebracht war. Die Amsterdamer Vertreter der Beklagten, hatten Eisenbahnwagen längsseits der Seeschiffe gestellt. Drei dieser Eisenbahnwagen wurden mit Erz aus dem Dampfer „Haraldswang", sieben Wagen wurden mit Erz aus dem Dampfer „Manningham" über die zulässige Belastungsgrenze beladen. Die drei erstgenannten Wagen brachten die Vertreter der Beklagten, auf das richtige Gewicht; die Beklagte mußte für Standgeld 32,34 Mk., an Strafgeldern 49,80 Mk., zusammen 79,14 Mk. bezahlen. Die Annahme der überlasteten sieben Wagen weigerte die Beklagte, weil sie die Kosten, die aufgewendet werden mußten, um diese Wagen auf das zulässige Gewicht zu bringen, nicht bezahlen wollte. Diese sieben Wagen waren mit 144 245 kg Erz beladen, der Vertragspreis der Ware beträgt: 2210,38 Mk. Auf den Kaufpreis der von ihr empfangenen Waren war die Beklagte der Klägerin . . . . . 87,56 „ schuldig geblieben. Mit der bei dem Landgerichte Hamburg, erhobenen Klage beantragte die Klägerin Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von . . . . . 2297,94 Mk. nebst 5 % Zinsen seit dem 16. April 1903. Nach Klageerhebung, aber vor der Verhandlung der Sache in der ersten Instanz, zahlte die Beklagte der Klägerin . . . . . 8,42 „ nebst Zinsen auf diesem Betrag, wegen der übrigen . . . . . 2289,52 Mk. beantragte sie die Abweisung der Klage, indem sie bestritt, der Klägerin den Kaufpreis für die 144 245 kg Erz, die aus dem Dampfer „Manningham" in die oben erwähnten sieben Eisenbahnwagen geladen sind, schuldig geworden zu sein, da ihr diese Partie nicht ordnungsmäßig angeboten, und deshalb mit Recht nicht von ihr abgenommen sei, und indem sie gegen die unstreitige Forderung der Klägerin von 79,14 Mk. mit ihrer oben erwähnten gleich hohen Schadenersatzforderung aufrechnete.

Durch Urteil vom 25. 3. 04 hat das LG. die Beklagte verurteilt, der Klägerin 2297,94 Mk. nebst 5 % Zinsen seit dem 16. April 1903 zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die hiergegen erhobene Berufung der Beklagten hat der erste Zivilsenat des HansOLG. durch Urteil vom 6. 2. 05 als unbegründet verworfen. Auf die Revision der Beklagten hat das RG. dies Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den zweiten Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Gericht ordnete an, Sachverständige über die Behauptung der Beklagten zu vernehmen:

> im nordeuropäischen Handelsverkehr verpflichte nach allgemeiner Verkehrsansicht die Vertragsabrede „franko Waggon" den Verkäufer, seinerseits dafür zu sorgen, nicht nur, daß die Ware in die Waggons geliefert werde, sondern auch, daß die Waggons ordnungsmäßig, insbesondere unter Einhaltung der Belastungsgrenze, beladen würden; die fertig und gehörig beladenen Waggons müßten in abrollfähigem Zustande dem Käufer am Erfüllungsorte angedient werden, und zwar auch dann, wenn vereinbart sei, daß der Käufer seinerseits die Waggons zu stellen habe.

Nachdem die zuerst auf Vorschlag der Handelskammer ernannten Sachverständigen in Rücksicht

auf persönliche Beziehungen zu den Parteien abgelehnt worden, hat das Gericht zwei Hamburger Spediteure — G. und U. — zu Sachverständigen ernannt und mündlich über den vorstehend formulierten Beweissatz vernommen. Diese beiden Gutachter haben ihr Gutachten wie folgt abgegeben:

1. G.: Ich habe nur Erfahrung im hamburgischen Handelsverkehr. Hier hat die Vertragsabrede „franko Waggon" die Bedeutung, daß der Verkäufer die von ihm verkaufte Ware im Waggon verladen abliefern und dem Käufer dafür aufkommen muß, daß der Waggon ordnungsmäßig beladen und nicht überlastet ist. Der Verkäufer oder sein ihn vertretender Spediteur hat also keineswegs nur dafür zu sorgen, daß der Waggon überhaupt hineinkommt, sondern auch dafür, daß der Waggon ordnungsmäßig mit der hineingeschafften Ware beladen und seine Belastungsgrenze dabei nicht überschritten wird. Ob an dem Orte, wo die Waggon-Beladung stattfindet, der Käufer oder ein ihn vertretender Spediteur anwesend ist, ändert an dieser Verpflichtung des Verkäufers nichts. Der Käufer oder sein Spediteur hat sich um die Beladung der Waggons nicht zu kümmern, sondern darf verlangen, daß ihm die Ware in nicht überlasteten, ordnungsmäßig beladenen Waggons angedient wird. Ob der Käufer, wenn ihm überlastete Waggons angedient werden, deren Annahme verweigern darf, oder ob sein Recht darauf beschränkt ist, die aus der Überlastung, Wiederabladung und Umladung der Waggons entstehenden Kosten vom Verkäufer ersetzt zu verlangen, darüber erlaube ich mir kein Urteil.
2. U.: Ich schließe mich den Erklärungen des Herrn G. durchaus an. Ob der Verkäufer die Ware an ihrer Produktionsstätte in Waggons zu verladen oder diese Verladung in einem Seehafen vorzunehmen hat, wohin er die Ware erst über See befördern mußte, ist, — wie ich hinzusetze — ebenfalls für seine Verpflichtung, die Beladung der Waggons ordnungsmäßig zu besorgen, ganz gleichgültig.

G. erklärte noch in Bezug auf die letzte Äußerung U., das sei auch seine Meinung. Auf besonderes gerichtsseitiges Befragen erklären beide Gutachter übereinstimmend;

Die Pflicht des Verkäufers, der „franko Waggon" verkauft hat, kommt nicht dadurch in Wegfall, daß die Waggons vom Käufer zu stellen und zu expedieren sind. Das pflegt regelmäßig, auch ohne besondere Vereinbarung, dem Käufer obzuliegen. Die Waggons ordnungsmäßig zu beladen, bleibt aber immer Sache des Verkäufers. Eine Parallele mit der Vertragsabrede: „franko Fluß- oder Kanalschiff" kann nicht gezogen werden. Beim Wasserverkehre liegen die Verhältnisse für den Verkäufer, als Belader, günstiger. Da nimmt ihm der Schiffer des Flußschiffes die Sorge für die ordnungsmäßige Verstauung der Ladung ab und meldet sich, wenn er genug hat. Das erspart dem Käufer Mühe und Kosten. Aber das kann ihn nicht berechtigen, zu verlangen, daß ihm auch dann, wenn er auf Grund der Vertragsabrede „franko Waggon" liefern muß, die Mühe und die Kosten erspart bleiben, die sich bei der Beladung von Waggons aus den eisenbahnrechtlichen Vorschriften für den Belader ergeben. Denn im Vertragsverhältnisse zu seinem Käufer ist er, der Verkäufer, solchenfalls der Belader des Waggons einerlei, ob er es auch der Eisenbahn-Verwaltung gegenüber sein mag. Wenn ein Verkäufer die Mühe, die mit der Waggonbeladung verbunden ist, nicht übernehmen will und die Kosten, die damit bei Überlastung der Waggons verbunden sein können, nicht tragen will, so muß er sich das vorher überlegen und nicht „franko Waggon" verkaufen.

G. fügte hinzu;

Ob diese für den hamburgischen Handelsverkehr von uns bezeugte Bedeutung der Vertragsabrede „franko Waggon" im gesamten nordeuropäischen Handelsverkehr befolgt und anerkannt wird, kann ich nicht sagen.

U. erklärte zu diesem Punkte:

Ich bin überzeugt, daß die von uns dargelegte Bedeutung der Vertragsabrede „franko Waggon" auch für den Handelsverkehr außerhalb Hamburgs und speziell auch für Amsterdam Geltung hat. Aus persönlicher Erfahrung kann ich das allerdings nicht behaupten und weiß auch nicht, ob man sagen darf, das gilt im gesamten nordeuropäischen Handelsverkehr. Ich habe persönlich solche Differenzen, wie sie hier in Rede stehen, mit meinen Käufern niemals gehabt. Ich bin nämlich nicht nur Spediteur, sondern treibe auch Eigenhandel mit Salpeter. Hätte ich Salpeter nach Amsterdam „franko Waggon" verkauft' und würde mein dortiger Spediteur einen Waggon überladen, so würde ich mich ohne jede Weiterung für verpflichtet ansehen, meinem Käufer den ihm dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Das würde ich für ganz selbstverständlich halten und gar nicht auf den Gedanken kommen, daß in Amsterdam anderes Rechtens sein könne.

Beide Sachverständige erklärten auf Befragen von seiten des Vertreters der Klägerin, die Lösch- und Ladeeinrichtungen in Stettin nicht zu kennen, und davon, daß im Stettiner Handelsverkehre die „franko Waggon" — Abrede anders verstanden und anders gehandhabt werde, nichts zu wissen. —

Durch Beschluß v. 5. 2. 07 ordnete das Gericht die Vernehmung drei weiterer Gutachter an, denen

die Instr. v. 14. 2. 07 akt. 67 erteilt wurde, und die unter Verzicht der Pateien auf die Beeidigung am 25. 5. 07 vor dem Berufungsgerichte wie folgt vernommen sind.

Dieselben erklären dem Sinne nach:

1. H.: Ich bin Verlader von Kohlen, hier in Hamburg, und war dies in früheren Jahren auch in Swinemünde, Stettin und Emden.

Im wesentlichen schließe ich mich den Ausführungen der bereits vernommenen Gutachter an. Bei Verkäufen „franko Waggon" ist der Verkäufer für die richtige Beladung der Waggons verantwortlich. Dabei ist gleichgültig, ob die Waggons von dem Käufer oder von dem Verkäufer gestellt werden. Im allgemeinen stellt der Verkäufer die Waggons. Ich habe häufig Kontrakte mit der Staatsbahn, wo diese meine Verkäuferin von Kohlen die Waggons stellt, aber auch in diesen Fällen bin ich für die Beladung der Waggons verantwortlich und habe für die Konsequenzen einer falschen Beladung aufzukommen, obgleich dies in meinen Kontrakten mit der Staatsbahn nicht gesagt ist. In dem vorliegenden Falle ist ausdrücklich vereinbart, daß der Käufer im Erfüllungshafen die Waggons zu stellen hat. trotzdem hat infolge der Vertragsbestimmung „franko Waggon" der Verkäufer für Versehen in der Beladung der Waggons aufzukommen.

Die Verladung der Kohlen in die Waggons geht in der folgenden Weise vor sich. Die Körbe (Kübel), in denen die Kohlen in die Waggons geschüttet werden sollen, werden probeweise mit Kohlen gefülll, und so verwogen; auf diesem Wege wird ein Durchschnittsgewicht ermittelt. Da es nun gestattet ist, die Waggons bis zu 5 % über das an jedem vermerkte Ladegewicht zu beladen, so ist es gar nicht so besonders schwierig, die zulässige Grenze einzuhalten.

Die Ansicht der Klägerin: Weil der Käufer seinerseits im Empfangshafen durch seinen dortigen Vertreteter anwesend gewesen sei, so habe ihm die Sorge dafür obgelegen, daß die Waggons einerseits nicht überladen, daß aber andererseits die Tragfähigkeit voll ausgenutzt werde, und daß der Verkäufer nichts weiter zu tun gehabt habe, als die Ware in die Waggons hineinzuschütten, ist unrichtig. Ist „franko Waggon" verkauft, so hat der Käufer dem Verkäufer in das Verladungsgeschäft garnicht hineinzureden.

2. E.: Ich schließe mich dem an. Ich mache solche Geschäfte, wie dasjenige, um das es sich hier handelt, in Holland und Stettin. Die dortigen Handelsusancen kenne ich nicht genauer, ich würde aber ohne weiteres, wenn ich „franko Waggon" verkauft habe, die Arbeiten und die Unkosten des auf das richtige Gewicht Bringens eines überladenen Waggons übernehmen. Das ist schon öfter bei mir vorgekommen und nie ist mir der Gedanke gekommen, daß ich das nicht tun müsse. Ich tue das, wie gesagt, ohne weitere Kenntnis bestimmter Usancen aus meinem Rechtsgefühl heraus, weil ich das für das einzige Richtige halte. Ich mache dabei auch keinen Unterschied, ob ich als Verkäufer, oder ob mein Käufer die Waggons zu stellen hat, bald ist das eine, bald ist das andere der Fall. Das spezifische Gewicht von Erzen ist sehr verschieden. Das probeweise Verwiegen der gefüllten Kübel dient natürlich nur dazu, das Verladungsgeschäft zu erleichtern, zu vereinfachen und macht nicht die Verwiegung des beladenen Waggons auf der Bahnwage überflüssig. Der Umstand, daß — zum Zwecke der Fakturierung — in Schweden das Gewicht der Ware festgestellt worden ist, hat mit der Frage, ob der Verkäufer bei dem mit der Klausel „franko Waggon" erfolgten Verkaufe für die richtige Beladung der Waggons verantwortlich ist, nichts zu tun.

3. N.: Ich bin derselben Meinung und möchte nur hervorheben, daß beim Verladen von Stückgütern die Sache anders liegen kann. Wird mir z. B. ein Fahrrad zur Verladung in einen bestimmten Waggon übergeben, so bin ich nicht dafür verantwortlich, wenn infolge der Verladung des Fahrrades der Waggon überladen ist.

Ist „franko Waggon" verkauft, so hat stets der Verkäufer die Verladung vorzunehmen, er ist Belader. Wer die Kosten des Transports zu tragen hat, ist dabei ganz gleichgültig.

Gründe.

Durch die Darlegungen der in dieser Instanz vernommenen, von dem Gerichte unter Berücksichtigung der Eigenart des zu entscheidenden Falles ausgewählten sachverständigen Kaufleute, zwei Spediteuren und drei Eigenhändlern, welche als Inhaber großer Hamburger Geschäfte mitten im Welthandelsverkehr stehend, nicht nur mit den Anforderungen und den Anschauungen des Verkehrs im allgemeinen vertraut sind, sondern insbesondere auch in der Weiterbeförderung über See in nordeuropäischen Häfen angekommener Massengüter in das Inland die genügende Erfahrung besitzen, hat das Gericht die Überzeugung gewonnen, daß, ganz einerlei ob unter anderen tatsächlichen Voraussetzungen die Klausel „franko Waggon" anders verstanden werden müßte, diese Vertragsbestimmung in dem vorliegenden Falle die Bedeutung hat, daß der Verkäufer oder sein an dem Seehafen ihn vertretender Spediteur keineswegs nur dafür zu sorgen hat, daß die Ware in den Waggon überhaupt hineinkommt, sondern auch dafür, daß der Waggon ordnungsmäßig mit der hineingeschafften Ware beladen, und daß seine Belastungsgrenze nicht

überschritten wird. Daß am Orte, wo die Waggonbeladung stattfindet, der Käufer persönlich oder (wie in dem hier zu entscheidenden Falle) durch einen ihn vertretenden Spediteur anwesend ist, ändert an dieser Verpflichtung des Verkäufers nichts. Auch der persönlich oder durch seinen Spediteur ortsanwesende Käufer hat sich um die Beladung der Waggons nicht zu kümmern, sondern darf verlangen, daß ihm die Ware in nicht überlasteten, ordnungsmäßig beladenen Waggons angedient wird. Ob der Verkäufer die Ware an ihrer Produktionsstätte in die Waggons zu verladen oder (wie nach dem Vertrage der Parteien die Klägerin) diese Verladung in einem Seehafen vorzunehmen hat, wohin er die Ware erst über See befördern mußte, ist ebenfalls für seine Verpflichtuug, die Beladung der Waggons ordnungsmäßig zu besorgen, ganz gleichgültig. Diese Verpflichtung des Verkäufers kommt auch dadurch nicht in Wegfall, daß die Waggons vom Käufer zu stellen und zu expedieren sind.

Mit einleuchtender Begründung, auf welche unten zurückzukommen ist, führen die Sachverständigen zu allen Punkten übereinstimmend aus, daß eine andere Auffassung der Vertragsbestimmung hier praktisch zu derartigen Unzuträglichkeiten führen würde, daß eine solche Auslegung nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles nicht als gewollt angenommen werden kann. Daß die Beklagte die Vertragsabrede „franko Waggon" von Anfang an in dem von den Sachverständigen dargelegten Sinne verstanden hat, kann nach ihrem Verhalten zu der Zeit, als die Meinungsverschiedenheit der Parteien auftrat, nicht zweifelhaft sein. Sollte die Klägerin schon bei dem Abschlusse des Vertrages anderer Auffassung gewesen sein, so kann dies doch zu einer anderen Auslegung der streitigen Vertragsbestimmung nicht führen. Es muß dahingestellt bleiben, ob die Klägerin berechtigt gewesen wäre, auf Grund des § 119 BGB. den Vertrag wegen Irrtums anzufechten. Die Klägerin hat dies nicht getan und will es nicht tun. Wie die Beklagte, hält auch sie an dem Vertrage fest; sie streitet mit dem Gegner über die Auslegung desselben, sie will aber, wie die Beklagte, an diesen Vertrag, wie derselbe richtig auszulegen ist, gebunden sein. Aus den Darlegungen der Sachverständigen ergiebt sich nun, daß in Ermangelung eines besonderen (hier fehlenden) Vorbehaltes für einen jeden inmitten des Verkehrs stehenden Kaufmann eine andere Auffassung der Bedeutung der Vertragsbestimmung „franko Waggon", als die von der Beklagten vertretene, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles nicht gerechtfertigt ist, ganz einerlei, ob die Verladung der Ware aus dem Seeschiffe in die Waggons in Hamburg, in einem anderen deutschen Seehafen, oder in einem außerdeutschen, nordeuropäischen Seehafen zu erfolgen hatte und erfolgt ist. Dabei ist hervorzuheben: Der Sachverständige U. hat erklärt: Er sei nicht nur Spediteur, sondern treibe auch Einzelhandel mit Salpeter. Hätte er Salpeter nach Amsterdam „franko Waggon" verkauft, und würde sein dortiger Spediteur einen Waggon überladen, so würde er sich ohne jede Weiterung für verpflichtet ansehen, seinem Käufer den demselben dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Das würde er für „ganz selbstverständlich" halten und „gar nicht auf den Gedanken kommen", daß in Amsterdam etwas anderes Rechtens sein könne. Der Sachverständige E. hat erklärt: Bei einem Verkaufe „franko Waggon" übernehme er selbstverständlich die Arbeit und die Kosten des auf das richtige Gewicht Bringens eines überladenen Waggons. Das sei schon öfters bei ihm vorgekommen, aber noch nie sei ihm der Gedanke gekommen, daß er das nicht tun müsse; er tue das ohne weitere Kenntnis bestimmter Usancen aus seinem Rechtsgefühle heraus, weil er das „für das einzig richtige" halte. Die sämtlichen übrigen Sachverständigen haben diesen Ausführungen zugestimmt.

Die Klägerin stellt nun aber garnicht in Abrede, daß sie sich der streitigen Vertragsbestimmung nach Maßgabe deren wirklicher, durch den Verkehr entwickelter und in demselbeu anerkannter Bedeutung unworfen hat und unterwerfen wollte. Nach der Art und Weise, wie die Entladung von Massengütern, insbesondere auch von Erz, aus dem Seeschiffe in die Eisenbahnwagen zu erfolgen pflegt und wie auch in dem vorliegenden Falle diese Entladung erfolgt ist, ergibt sich, daß die Bedeutung, welche die Sachverständigen übereinstimmend der streitigen Vertragsbestimmung beilegen, für den vorliegenden Fall als die sachgemäße und deshalb auch als die gewollte anzusehen ist. Bei der Entladung von Massengütern aus einem Seeschiffe in die an die Seite des Dampfers gebrachten Waggons beschränkt sich der Verkäufer, der „franko Waggon" verkauft hat, nicht etwa darauf, die Ware aus dem Seeschiffe in die Waggons zu schütten und das weitere dem Käufer zu überlassen. Der Verkäufer ist vielfach in solchen Fällen von Anfang an bestrebt, jeden Waggon so zu beladen, daß einerseits dessen Tragfähigkeit voll ausgenutzt wird und daß andererseits die zulässige Belastungsgrenze nicht überschritten wird. Bevor die Ware in den hierzu bestimmten Hohlgefäßen (Kübeln, Körben, Bäcke) aus dem Seeschiffe in die Waggons geschafft wird, ermittelt zunächst der Verkäufer das Durchschnittsgewicht einer Anzahl dieser mit der angebrachten Ware gefüllten Transportgefäße. Das Ladegewicht eines jeden Waggons ist bekannt. Die Leute des Verkäufers schütten nun den Inhalt so vieler mit der angebrachten Ware gefüllter Kübel (Körbe, Bäcke) in den Waggon hinein, bis nach

ihrer Berechnung einerseits das Ladegewicht des Waggons voll ausgenutzt, andererseits die Belastungsgrenze desselben, welche das Ladegewicht um 5 % übersteigt, nicht überschritten ist. Daß auch in dem vorliegenden Falle so verfahren werden sollte und so verfahren ist, steht auf Grund der Erklärungen fest, welche die Klägerin in dem letzten Verhandlungstermine abgegeben hat. Wie der Inhalt des von dem Anwalte der Klägerin verlesenen Schreiben des Lammers vom 9. Mai 1903 akt. 80 zeigt, hat dieser Angestellte des Spediteurs der Klägerin zunächst das Durchschnittsgewicht mehrerer mit der angebrachten Ware gefüllter Bäcke festgestellt und sodann die mit Erz gefüllten Bäcke so oft in den Waggon entleert, bis nach seiner Berechnung dessen ihm bekanntes Ladegewicht erreicht war. Dies in Amsterdam von dem Vertreter der Klägerin beobachtete Verfahren beweist, daß auch dieser nicht etwa angenommen hat, das Erz brauche von der Klägerin einfach in die Waggons hineingeschüttet und das Weitere dürfe dem Spediteur der Beklagten überlassen werden.

Wie die Sachverständigen dargelegt haben, dient nun die Feststellung des Durchschnittsgewichts der gefüllten Bäcke (Kübel, Körbe) nur dazu, das Beladungsgeschäft zu erleichtern, diese Feststellung macht aber nicht etwa die Verwiegung des beladenen Waggons überflüssig. Stellte sich bei dieser, einen notwendigen Teil des Beladungsgeschäftes bildenden Verwiegung eine Überlastung des Wagens heraus, so war es nunmehr Sache der Klägerin, dem die Beklagte bei der Beladung des Waggons garnicht hineinzureden hatte, den Waggon auf das zulässige Gewicht zu bringen. Die Klägerin hat sich grundlos geweigert, diese nach der richtigen Auslegung des Vertrages sie treffende Vertragspflicht zu erfüllen. Der Einwand der Klägerin, die Verwiegung der beladenen Waggons hätte ihr Spediteur garnicht vornehmen können, weil die Waggon nicht diesem, sondern dem Amsterdamer Vertreter der Beklagten von der Bahnverwaltung gestellt seien, ist unzutreffend. Wie die verlesene Korrespondenz zeigt, hat der Vertreter der Beklagten stets von dem Spediteur der Klägerin verlangt, dieser solle das Verwiegen der beladenen Waggons veranlassen; der Vertreter der Beklagten würde also, wenn hierzu seine Zustimmung der Bahnverwaltung gegenüber nötig gewesen wäre, diese anstandslos erteilt haben. Der Spediteur der Klägerin hat sich auch nie auf das Fehlen einer solchen Zustimmung berufen und die Klägerin hat das praktisch garnicht durchzuführende Verlangen gestellt, der Vertreter der Beklagten solle den Arbeitern des Spediteurs der Klägerin anweisen, wenn der einzelne Waggon genügend beladen sei.

Durch ihr vertragswidriges Verhalten hat sich die Klägerin der Beklagten gegenüber schadenersatzpflichtig gemacht. Sie hat der Beklagten diejenigen Beträge zu vergüten, welche unstreitig von dieser aufgewendet worden sind und aufgewendet werden mußten, um drei mit Erz aus dem Dampfer „Haraldswang" überlastete Waggons, welche die Beklagte abgenommen hat, in abrollfähigen Zustand zu bringen.

Die Beklagte hat sich geweigert, die von dem Amsterdamer Vertreter der Klägerin auf sieben von dem Vertreter der Beklagten gestellte Waggons aus dem Dampfer „Manningham" geladene 144245 kg Erz abzunehmen und den Kaufpreis dieser Ware zu bezahlen, weil diese Waggons überlastet waren und die Klägerin sich weigerte, dieselben auf das zulässige Gewicht zu bringen. Die Klägerin hat die Waggons wieder entladen und die unstreitig vertragsmäßige Ware in Amsterdam zu Lager bringen lassen.

Die Forderung der Klägerin auf den Kaufpreis dieser Ware ist begründet. Allerdings hat die Abnahmepflicht des Käufers und dementsprechend auch seine Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises das Angebot vertragsmäßiger Ware seitens des Verkäufers zur Voraussetzung. Das Angebot der Klägerin bezüglich der in die sieben von der Beklagten refüsierten Waggons verladenen Ware überlastet waren, während die Klägerin, wie oben ausgeführt ist, der Beklagten die Ware in ordnungsmäßig beladenen Waggons zu liefern hatte. Aber ein den Vertragsbestimmungen nicht in jeder Beziehung entsprechendes Angebot der gekauften, fehlerfreien Ware darf der Käufer dann nicht ablehnen, wenn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ihm zugemutet werden kann, dem in dem Vertragsangebote des Verkäufers liegenden Mangel auf Kosten des Verkäufers selbst abzuhelfen. Das war hier der Fall. Für die in Amsterdam durch einen Spediteur vertretene Klägerin war es nicht mit besonderen Schwierigkeiten oder mit im Verhältnisse zu dem Werte des Vertragsgegenstandes irgendwie erheblichen Kosten verknüpft, die überlasteten sieben Waggons in kurzer Zeit auf das zulässige Gewicht bringen zu lassen. Eine derartige leichte Mühe kann vermöge der Anforderungen der Verkehrstreue dem Käufer, wenn derselbe, wie hier, dadurch einen größeren Schaden von seinem Vertragsgegner abwendet, jedenfalls dann zugemutet werden, wenn sich der Käufer, wie in dem vorliegenden Falle, für die ihm erwachsenden Kosten durch einen entsprechenden Abzug von der Kaufpreisforderung des Gegners sofort bezahlt machen kann.

Durfte demnach die Beklagte die Abnahme der Ware nicht verweigern, so war sie auch zur Berichtigung des Kaufpreises verpflichtet.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Fällt unter das vertragliche Wettbewerbsverbot, an bestimmten Orten keine Filialen zu gründen, die Errichtung von Kommissionslagern.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 29. Mai 1907. 436. 06.

Der Beklagte hatte sich bei dem Ausscheiden aus einer mit dem Kläger betriebenen offenen Handelsgesellschaft unter einer Vertragsstrafe verpflichtet, an bestimmten Orten keine Handelsniederlassung der Filiale zu gründen, die dem Kläger Konkurrenz machen könnte. Als der Beklagte an jenen Orten Kommissionslager errichtete, klagte der Kläger die seiner Meinung nach hierdurch verfallene Vertragsstrafe ein, wurde indessen in allen Instanzen hiermit abgewiesen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Daß vor oder bei Abschließung des Vertrages vom 17. 3. 04 über den Sinn des Wortes „Filiale" zwischen den Parteien verhandelt worden ist, hat nicht behauptet werden können. Ist man daher zunächst darauf angewiesen, den Wortlaut der Vertragsurkunde, die vor einem Notar, und überdies, wie feststeht, auf Grund eines von einem Rechtsanwalt verfaßten Entwurfs aufgenommen worden ist, entscheiden zu lassen, so kann der Ausdruck „Filiale" nicht wohl anders, als im Sinne von „Zweigniederlassung" verstanden werden. Eine Zweigniederlassung ist eine Niederlassung, die von einer Hauptniederlassung zu besonderem Geschäftsbetrieb abgezweigt, deren Inhaber aber der Inhaber der Hauptniederlassung ist. In seinem Namen wird die Zweig-, wie die Hauptniederlassung betrieben. Ein Kommissionslager ist auch eine Handelsniederlassung; aber ihr Inhaber ist der Kommissionär, nicht der Kommittent. Hat also der Beklagte an verschiedenen Orten Kommissionslager, so hat er damit an diesen Orten keine Zweigniederlassungen.

Richtig ist es, daß, wenn in der Vertragsurkunde das Wort „Filiale" nichts anderes bedeuten sollte, als „Zweigniederlassung", dem Worte „Handelsniederlassung" die Worte „oder Filiale" nicht hinzugefügt zu werden brauchten, da eine Zweigniederlassung unter den Begriff „Handelsniederlassung" fällt. Es ist indes nichts ungewöhnliches, daß in Verträgen zur Ausschließung denkbarer Zweifel etwas ungewöhnliches gesagt wird.

Nun hat das Berufungsgericht keineswegs verkannt, daß auch bei der Auslegung von Wettbewerbsklauseln die §§ 133, 157 BGB. anzuwenden seien. Demgemäß zieht es die Umstände des Falls in Betracht; ob in zutreffender Würdigung, das ist in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen. Ein prozessualer Verstoß hat nicht nachgewiesen werden können.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt Dr. Heilbrunn, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Scheck ◎ Wechsel ◎ Börsenwesen.

Canstein, Freiherr, **Raban von**, Scheck, Wechsel und deren Deckung. Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht. 1890. 8° IV und 188 S. M. 4,—.

— Lehrbuch des Wechselrechts. 1890. 8° XXIV und 542. M. 12,—, geb. M. 14,—.

— Der Scheck nach dem österreichischen Gesetze vom 3. April 1906. 1906. gr. 8° VIII, 249 S. M. 7,—.

Heinemann, Ernst, Das Problem der Deutschen Börsenreform in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung. Unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur des Reichsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts. 1901. 8° VII und 136 S. M. 2,40.

Hoppenstedt, A., Zum Scheckgesetz. Kritik des dem Bundesrate vorgelegten Entwurfes eines Scheckgesetzes für das deutsche Reich. 1892. 8° II und 136 S. M. 1,—.

— Ein zweites Wort zum Scheckgesetz. Vortrag, gehalten in der Vereinigung Berliner Bank- und Wechselgeschäfte am 14. April 1892. 1892. 8° 54 S. M. 1,—.

— Die Haftbarkeit des Bankiers bei gestohlenen Wertpapieren. Eine Sammlung des gesetzgeberischen Quellen-Materials für den praktischen Gebrauch zusammengestellt. 1899. 8° 154 S. geb. M. 2,—.

— Zur Revision des Handelsgesetzbuches. Zwei Anträge. 1896. 8° 54 S. M. —,80.

Koch, R., Über Bedürfnis und Inhalt eines Scheckgesetzes für das Deutsche Reich. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin. Nebst einem Anhange. 1883. 8° 48 S. M. 1,—.

— Über Giroverkehr und den Gebrauch von Schecks als Zahlungsmittel. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, nebst einem Anhange. 1878. 8° 48 S. M. 1,—.

— Vorträge und Aufsätze hauptsächlich aus dem Handels- und Wechselrecht. 1892. 8° VI und 370 S. M. 8,—, geb. M. 10,—.

Kohler, Josef, Das Börsenspiel. Sonderabdruck aus der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 1894. 8° IV und 48 S. M. 1,—.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

21. 9. 07

Monatsschrift

für

Handelsrecht und Bankwesen

Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Eigenthum des Leipziger Anwalts-Vereins.

Nr. 9. Berlin, Sonnabend 14. September 1907. XVI. Jahrgang.

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30 Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Handelsrechtliche Streitfragen. Von Oberlandesgerichtsrat Silberschmidt, Zweibrücken. — Das Deutsche Erbschaftssteuergesetz. — Begriff, Bedeutung und Tragweite der Entlastung (Decharge). Von Dr. Rudolf Geiling, Freiburg i. B. — Reichsgerichtsentscheidungen: Behauptung der Untauglichkeit der gelieferten Ware zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch. — Untersuchung der Ware bei Kassaverkauf. — Interesse an Vertragserfüllung. — Kleine Mitteilungen. — Literatur.

Handelsrechtliche Streitfragen.

Von **Dr. W. Silberschmidt,** Oberlandesgerichtsrat in Zweibrücken.

I. Zur Kaufmannseigenschaft der juristischen Personen.

Sobald der Begriff „Kaufmann" nicht mehr von der Zugehörigkeit zu einer Klasse, von der Zulassung zu einer Gilde oder von der Aufnahme in eine Standesgenossenschaft (Matrikel) abhängig gemacht ist, kann er nur durch objektive Merkmale bestimmt werden. Wenn in Art. 4 des AllgDHGB. als Kaufmann jeder betrachtet wurde, der gewerbemäßig Handelsgeschäfte betrieb und wenn nach § 1 des HGB. Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, so sind beide Definitionen auf eine ganz allgemeine Grundlage aufgebaut, ohne daß Ausnahmen in subjektiver Hinsicht ersichtlich wären. Und dennoch hat das in beiden Begriffsbestimmungen enthaltene Moment des Gewerbes hier wie dort zu Zweifeln in der angedeuteten Richtung Veranlassung gegeben, insbesondere soweit der Gewerbebetrieb juristischer Personen in Betracht kam. Wenn jetzt in § 452 (Vgl. 663) HGB. ausgesprochen ist, daß die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten nicht als Kaufleute zu erachten sind und wenn die Denkschr. 1 S. 269 erklärt, daß für ihren Betrieb der Erwerbszweck keineswegs als das Entscheidende zu erachten ist, so hatte gegen den Widerspruch Goldschmidt's (HB. 1, 461 Anm. 20 und 619 A. 31) ein Plenarbeschluß des ROHG. (12, 311 vgl. 17, 127 und 23, 11) der Post, soweit sie Frachtgeschäfte betreibt, die Eigenschaft eines Kaufmanns beigelegt, weil allein die Frage entscheidend sei, ob ein gewerbsmäßiger Handelsbetrieb, wenn auch durch den Staat, vorliege, wobei allerdings wesentliches Gewicht auf die positive Bestimmung des Art. 421 gelegt und dahingestellt gelassen wurde, ob nach allgemeinen Grundsätzen anders zu entscheiden sei, soweit die Ausübung von Hoheitsrechten in Frage stehe. Bezüglich der Eisenbahnen hatte der gleiche Gerichtshof (3, 405) ausgeführt, daß die Absicht, einen Erwerb zu machen, keineswegs dadurch ausgeschlossen wird, daß der Staat bei der Anlegung und dem Betriebe von Staatseisenbahnen vorwiegend oder nebenbei Zwecke des öffentlichen Wohls verfolgt, daß der Begriff der Gewerbemäßigkeit nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob der prinzipale Zweck des Staates auf Förderung des öffentlichen Wohls oder auf einen pekuniären Gewinn gerichtet ist, da diese Unterscheidung in Ermangelung jeder äußeren Erkennbarkeit der prinzipalen Intention des Staates den Begriff der Gewerbemäßigkeit den bedenklichsten Schwankungen aussetzen würde, daß auch der Staat schon zur Vermeidung von Verlusten auf Erzielung von Überschüssen bedacht sein muß und daß es ohne Einfluß erscheint, wenn der Staat diese Überschüsse wieder zu öffentlichen Zwecken verwendet.

Thöl (Handelsrecht 5. Aufl. S. 111) fügte diesen Gründen die weiteren bei, daß entscheidend sei die äußere Erscheinung eines Handelsgewerbes ohne Rücksicht auf die inneren, die Absicht des Gewinnes ausschließenden Motive, da dritten Personen keine Erkundigungspflicht hinsichtlich der Motive obliege und der Betrieb nur dann kein gewerbemäßiger sei, wenn es für jederman offensichtlich sei, daß ihm nicht die Absicht des Gewinnes

unterliege. So einigte man sich in der Hauptsache dahin, daß ein Gewerbebetrieb darum nicht minder ein solcher bleibt, weil dabei zugleich religiöse, politische Zwecke verfolgt werden, wenn nur die Erwerbsabsicht durch derartige Interessen nicht ganz in den Hintergrund gedrängt wird (Behrend Lehrb. 1, 95). Der Widerspruch Goldschmidt's blieb vereinzelt.

Unter dem neuen Rechte erhoben sich aber bald die gleichen Bedenken. Zwar hinsichtlich des Fiskus war, soweit Post und Eisenbahnen in Frage kommen, gesetzliche Regelung eingetreten, und im übrigen wurden die maßgebenden Grundsätze, soweit nicht schon vorher positive Vorschriften wie für den Bankbetrieb bestanden, zunächst beibehalten. So wurde vom RG. verneint, daß die Pulverfabrik, das Feuerwerkslaboratorium und die Geschützgießerei zu Spandau Gewerbe des preußischen Fiskus darstellen, weil der Betrieb nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet sei, die Produktion lediglich dem eigenen Gebrauche diene und nicht für den Umsatz bestimmt sei (E. 37, 296 f. und die in Anm. 1 der S. 297 angeführten beiden Erkenntnisse). Der Gewinn des Gewerbes müsse durch ein Überwiegen der Einnahmen über die Ausgaben erzielt werden. „In diesem Sinne ist der Staat in Beziehung auf den Betrieb der dem allgemeinen Verkehre dienenden Eisenbahnen ein Gewerbetreibender, dagegen kein solcher, in Beziehung auf den Betrieb einer lediglich militärischen Zwecken dienenden Eisenbahn." Wird freilich eine strategische Bahn im Frieden dem Verkehre übergeben, auch wenn man weiß, daß sie kein Reinerträgnis liefern kann, so stellt ihr Betrieb doch wieder ein Gewerbe dar. Ebenso der Lagerbetrieb des Staates (OLGRspr. 9, 241). Die Annahme Neukamp's (Holdheim 11, 244), daß der Staat bei Staatsbahnsystem, wenn er verfassungsmäßig die Eisenbahnen betreibt, nicht in dieser Eigenschaft Kaufmann sei, wohl aber wenn er neben Privatbahnen eine Linie betreibe, ist nicht zu billigen, weil ja auch für den Betrieb der einzelnen Bahn eine verfassungsmäßige Grundlage bestehen muß (Lehmann Lehrb. 67: die Ansicht führe zu Unsicherheiten). Beim staatlichen Verwaltungsbetrieb (z.B. auch Staatslotterie) entscheidet der Besteuerungszweck gegen die Gewerbeeigenschaft (pr. OVG. 33, 82).

Größere Schwierigkeiten noch ergeben sich bei anderen juristischen Personen, insbesondere den Vereinen und zwar einerseits darüber, ob ihr Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und andererseits, ob dieser sich als Handelsgewerbe darstellt. Lehmann (Lehrb. 63) betont, daß der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb eines Vereins, der lediglich der Allgemeinheit dienen will, sich nicht als Gewerbebetrieb darstellt und daß Gewerbebetrieb nicht identisch ist mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb nach § 22 BGB., weil hier nicht die Erwerbsabsicht, sondern die Art des Betriebes entscheide. Das dürfte nicht richtig sein. Soweit ein Verein lediglich den Zweck hat, den Wirtschaften seiner Mitglieder helfend und unterstützend zur Seite zu treten und soweit er an die Allgemeinheit mit einem eigenen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe sich überhaupt nicht wendet, sind beide vorher gestellte Fragen zu verneinen (OLGRspr. 1, 15: OLG. Stuttgart und ZBlFrG 3, 242: LG. Naumburg). In gleicher Weise aber auch für Vereine, welche die Ergebnisse des Wirtschaftsbetriebs nicht ihren Mitgliedern zukommen lassen, sondern sie aus wohltätiger oder gemeinnütziger Absicht Dritten zuwenden ZBlFrG. 3, 508 (LG Darmstadt). Solche Vereine sind ins Vereinsregister einzutragen und nicht ins Handelsregister. Betreibt aber der Verein ein Geschäft und zwar ein wirtschaftliches, also mit dem Zwecke verbundenes, das Einkommen der Mitglieder zu heben, dann kann er nach § 22 nicht in das Vereinsregister eingetragen werden. Schon Hölder (DJZ. 5, 412 und GruchotsBeitr. 44, 735) hatte auf die Fassung des BayrG. v. 29. 4. 69 als eines Musters für § 21/22 aufmerksam gemacht, lautend: auf Erwerb, Gewinn oder „eigentlichen" Geschäftsbetrieb abzielen. Oppenheimer, die beiden Vereinsklassen des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 21, 22) in Iherings'sJ. 47, 99—192 hat dann aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes überhaupt den, wie ich meine, zwingenden Beweis für den Satz geführt: Einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken diejenigen Vereine, welche zu dem Endziel der direkten, materiellen Förderung ihrer Mitglieder berufsmäßig am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen d. h. mit dritten, selbständigen Wirtschaftssubjekten Rechte und Verbindlichkeiten erzeugende Rechtsgeschäfte abschließen, auf Grund deren ein entgeltlicher Uebergang von Verkehrsgütern in das Vereinsvermögen erfolgt oder erfolgen soll (S. 180 f). Diese Auffassung hat sich freilich noch nicht zur herrschenden durchgerungen (Vgl. aber Staudinger 4, 3 zu § 21) und im Einzelnen bleiben auch dann noch über die Art des Geschäftsbetriebes und die oft neben einander bestehenden Zwecke Zweifel genug übrig.

Für unsern Zweck genügt es, die Kaufmannseigenschaft zunächst denjenigen Vereinen abzusprechen, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb überhaupt nicht gerichtet ist. In dieser Beziehung ist die Entsch. des KG. v. 18. 4. 04 (RJA. 4, 203 und OLGRspr. 9, 17) interessant.

Die Handelskammer zu B. hatte beantragt, den „Evangelischen Verein für kirchliche Zwecke in B." zur Anmeldung seiner Firma behufs Eintragung in das Handelsregister zu veranlassen. Das Amtsgericht hatte den Einspruch des Vereins gegen die Auflage verworfen, Landgericht und Kammergericht haben den Antrag der Handelskammer zurückgewiesen.

Der Zweck des Vereins ist nach der Satzung „Förderung des Reiches Gottes durch Pflege kirchlichen Sinnes und Lebens auf dem Gebiete der deutschen evangelischen Kirche." Dieser Zweck wird zu erreichen gesucht durch Förderung brüderlicher und religiöser Gemeinschaft, Vorträge, Herausgabe eines Kirchlichen Anzeigers und guter Schriften, Abhaltung von Kindergottesdiensten, Pflege des christlich geselligen Vereinswesens, insbesondere aber auch durch die Verwaltung einer „Herberge zur Heimat", eines Kosthauses für junge Handwerker und eines Hospizes für Reisende. Mit Rücksicht auf letztere Verwaltungen wurde von der Handelskammer und dem Amtsgerichte angenommen, daß der Verein Gastwirtschaft betreibe, zumal der Betrieb 48 964 Mk. Einnahme und 43 541 Mk. Ausgabe, sonach 5 423 Mk. Überschuß hatte, mit 228 Mk. zur Gewerbesteuer veranlagt war, 15 774 Mk. aus dem Hospiz für Zimmermiete rein einnahm und 12 Leute beschäftigte.

Der Verein machte geltend, daß alle Überschüsse zum Vollzuge der Gesamtaufgabe des Vereins zu verwenden seien, die im Bereiche der uneigennützigen Wohlfahrtseinrichtungen liege; übrigens würde nur eine 3 %ige Verzinsung des Vermögens erzielt, der Verein gebe also die Leistungen unter dem Selbstkostenpreise her.

Das Amtsgericht hielt die Art der Verwendung des Überschusses für gleichgültig, das Landgericht verneinte das Vorliegen einer Gewinnabsicht und damit die Gewerbemäßigkeit des Betriebs.

Das Kammergericht billigte letztere Ansicht mit folgender Begründung: Es ist unstatthaft, die Einzelbetriebe zur Beurteilung der Gewerbemäßigkeit des Betriebs als Ganzen gesondert heranzuziehen, dieselben kommen nur als unselbständige Teile des durch seine Zweckbestimmung geeinigten Ganzen in Betracht. Der Verein besteht nicht, um Vorträge zu veranstalten, um Buchhandel zu treiben, Gast- und Speisehäuser zu halten und damit Gewinn zu erzielen; er ist da, um das kirchliche Leben zu stärken und dieser Zweck ist, wie ausgeführt wird, für jede Einzelunternehmung maßgebend. Würde der Verein Betriebe unterhalten, die mit dem kirchlich-sittlichen Leben nichts zu schaffen hätten, dann würde er registerpflichtig sein. Ebenso, wenn er an sich die Absicht hätte, Gewinn zu erzielen, dann aber, ihn für wohltätige oder gemeinnützige Zwecke zu verwenden. Hier schließt die Satzung jede Gewinnabsicht für Verein und Mitglieder aus, auch ein etwaiger Überschuß der gesamten Vereinseinnahmen über die Ausgaben wäre nicht Ergebnis einer hierauf zielenden Willensrichtung.

Mit dieser Entscheidung vergleiche man das Urteil des OLG. Hamburg v. 26. 10. 06 (OLG-Rspr. 14, 6 f), durch welches ausgesprochen wurde, daß ein Verein mit dem Zweck „Förderung christlicher Gesinnung durch Herstellung und Verbreitung christlicher Literatur" auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, obwohl die Satzung die Bestimmung enthielt: Ein etwaiger Gewinn dient ausschließlich zu gemeinnützigen Zwecken.

Es wurde festgestellt, daß das Unternehmen, welches zuerst auf Rechnung der Bischöflichen Methodistenkirche Deutschlands, später durch eine G. m. b. H. und seit 1905 durch den Verein betrieben wurde, regelmäßig erheblichen Gewinn ergeben hat und daß der Betrieb hiernach auf solchen Gewinn abgestellt war, welcher zum Besten der Methodistenkirche verwendet werden sollte, „sei es nun zur Befriedigung speziell kirchlicher Bedürfnisse oder auch nur zu Wahrnehmung ihrer besonderen gemeinnützigen und wohltätigen Bestrebungen." Ein wirtschaftlicher Betrieb würde nicht vorliegen, wenn Waren angeschafft oder hergestellt würden, um sie an Bedürftige zu verschenken, wenn die Kosten des Unternehmens (z. B. einer Herberge zur Heimat) durch Zuschüsse der Vereinsmitglieder zum Teil gedeckt werden sollten, wenn aus dem Betriebe lediglich die Kosten des Unternehmens bestritten würden (Bibelgesellschaften). Wenn aber an sich ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliege, dann sei es, wie etwa auch bei einer offenen Handelsgesellschaft, gleichgültig, ob der Gewinn verteilt oder etwa zu wohltätigen Zwecken verwendet würde.

Vergleicht man beide Entscheidungen, so handelt es sich in beiden Fällen, um Betriebe, welche zur Stärkung und Förderung religiöser Gesinnung veranstaltet wurden. Beide erzielten Überschüsse, die nicht im materiellen Interesse der Vereinsmitglieder verwendet werden durften, sondern der Förderung des religiösen Lebens zu gute kamen. Im ersten Falle wurde wegen dieser Gründe die Gewinnabsicht und damit das Gewerbemoment verneint, im zweiten Falle trotz dieser Momente bejaht; indem man davon ausging, daß die ursprüngliche Absicht gewesen sei, Gewinn zu erzielen; dann sei es, wie auch im ersten Falle zugegeben wurde, gleichgiltig, was mit dem Gewinne angefangen werde. In dieser Weise wird auch in der 8. Aufl. von Staub's Kommentar Anm. 10 zu § 1 die erste Entscheidung beanstandet: durch die wirtschaftlichen Einzelunternehmungen des kirchlichen Vereins sei die Gewinnerzielung beabsichtigt gewesen.

Wäre demnach in beiden Fällen Gewerbebetrieb und damit Kaufmannseigenschaft gegeben? Die erste Entscheidung verneint beides, weil der Vereinszweck, Stärkung des kirchlichen Lebens, auch für jede Einzelunternehmung maßgebend sei, während Gewerbebetrieb vorliege, wenn die Einzelbetriebe mit dem kirchlichen Leben nichts zu schaffen hätten bezw. wenn ihre Erträgnisse für andere wohltätige Zwecke

verwendet würden. Dieser Entscheidungsgrund kann nicht als richtig anerkannt werden. Vielmehr beruht auf dem richtigen Grunde eine 3. Entsch., des LG. Landsberg a. W. (ZBlFrG. 3, 247 mit Bemerkung des Einsenders), welche ebenfalls einen Verein zur Förderung des christlichen Gemeindelebens, der Wirtschaft und Herberge zur Heimat unterhielt, unter § 21 l. c. fallen ließ mit der Begründung: einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt ein Verein, wenn er um des wirtschaftlichen Wohls seiner Mitglieder willen besteht, unter § 21 fällt er, wenn er keine oder fremde wirtschaftliche Erfolge erstrebt. Diese Begründung stimmt überein mit den Ausführungen Oppenheimer's 138 f., der für die Vereine mit Geschäftsbetrieb stets materielle Vorteile für die Mitglieder fordert; sobald das mindestens als Hauptzweck des Vereins erscheint, kann Eintragung nach § 21 nicht mehr erfolgen (Staudinger in seinen Bl. 62, 322 und danach LG. München 1 in ZBlFrG. 1, 705 vgl. 6, 38). Wenn aber vom wirtschaftlichen Egoismus der Einzelnen keine Gefahren drohen, dann bedarf es auch nicht des verstärkten Schutzes des § 22. Trotzdem scheint auch die obige Entsch. des OLG. Hamburg richtig zu sein, aber aus einem anderen Grunde. Der Betrieb ist zuerst von der Methodistenkirche, dann durch eine G. m. b. H. für diese nnd endlich, um der Steuerpflicht zu entgehen, durch den Verein in der Weise geführt worden, daß alle Einnahmen der fraglichen Kirche zukamen. Dann ist der Verein nur vorgeschoben, tatsächlich handelt es sich um ein wirtschaftliches Unternehmen der Methodistenkirche, welcher auch die Vorteile zukommmen, und es ist deshalb hier alles das anwendbar, was über den Gewerbebetrieb des Staates gesagt wurde. Besteht also wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb als alleiniger oder Hauptzweck (oder als einer der mehreren, gleichzeitig neben einander bestehenden Zwecke, — Oppenheimer a. a. O. 172 —), dann ist kein Eintrag ins Vereinsregister möglich, sondern es besteht evtl. die Pflicht zur Eintragung ins Firmenregister ZBlFrG. 1, 858 und 704. Auch wenn neben einem nicht gewerbsmäßigen Hauptunternehme nein für sich gesondert zu beurteilender, auf Gewinn abzielender, rein gewerblicher Einzelbetrieb besteht, z. B. ein Casino verkauft auch Wein an Fremde, dann besteht Kaufmannseigenschaft und Registerpflicht wenigstens hinsichtlich des betreffenden Betriebs (OLGRspr. 12, 413, unrichtig 10, 26). Vorausgesetzt ist dabei, daß es sich bei dem Gewerbebetrieb des Vereins, wie in der Regel, um ein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 und 2 HGB. handelt.

Fällt der Betrieb unter § 22 BGB., so ist zunächst zu prüfen, ob die Rechtsfähigkeit nicht schon auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften besteht oder zu erreichen ist. Hier kommen die gesetzlichen Bestimmungen über die Handelsgesellschaften, Aktiengesellschaften, eingetragene Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Innungen, Innungsverbände, Krankenkassen, eingeschriebene Hilfskassen, Berufsgenossenschaften, Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit und Kolonialgesellschaften in Frage. Ein Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder inländischen Kommunalverbands bedarf nicht der Eintragung in das Handelsregister (§ 36 HGB.), ebenso nicht die Reichsbank (§ 66 des BankG.). Besitzt das Unternehmen die Rechtsfähigkeit oder wird sie ihm verliehen, so kann doch die Eintragung noch nicht beantragt werden, so lange das Unternehmen nicht eine Firma führt (§ 33 Abs. 2 u. 3, § 36 S. 2 HGB.). Unternimmt aber ein nicht rechtsfähiger Verein ein Handelsgewerbe, so wird gemäß § 2 HGB. „die unter gemeinsamem Namen auftretende Mehrheit von Rechtssubjekten angehalten, Handelsgesellschaft zu werden" und zwar ipso jure offene Handelsgesellschaft (Sachau in Goldschmidt's Z. 56, 478, Lehmann-Ring Ziff. 2 zu § 2, vgl. dort über die in Art. 5 EGHGB. ausgenommenen Bergwerksgesellschaften.) Die Ansicht Gierke's, daß auch Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und nicht rechtsfähigen Vereinen Kaufmannseigenschaft zuzuschreiben sei, widerspricht dem Zwecke der handelsgesetzlichen Regelung und führt zu Folgerungen, durch welche die Unrichtigkeit der Voraussetzung dargetan wird, insbesondere könnten dann die Vorschriften, welche Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. einengen, umgangen werden. Die Judikatur hat deshalb die Eintragungsfähigkeit verneint (KG. im Jahrb. 19, 24; OLGRsp. 1, 357; EFG. 2, 191. Betreibt die Gesellschaft bezw. der nicht rechtsfähige Verein das Gewerbe eines Minderkaufmanns, dann untersteht dasselbe, da gesellschaftliche Vereinigungen von Minderkaufleuten stets Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind, den §§ 705 ff. BGB. (Staub Exkurs zu § 342 Anm. 81, Bang, die rechtliche Stellung der Handwerker 04 S. 84); selbstverständlich machen diejenigen Gesellschaften eine Ausnahme, die unabhängig vom Gegenstande und dem Umfange des Unternehmens stets als Kaufleute behandelt werden: Aktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H., Kommanditgesellschaft auf Aktien und Genossenschaft.

Daß endlich auch die Stiftung unter § 33 HGB. fallen kann, bedarf nicht mehr besonderer Hervorhebung. Wohl aber mögen zum Schlusse noch einige Unternehmungen besprochen werden, die regelmäßig durch juristische Personen verschiedener Art betrieben werden: Sparkassen und Einkaufsvereinigungen.

Die Sparkasse kann, wie häufig, als staatliche, gemeindliche, provinzielle Anstalt oder als solche

einer Stiftung, auf jede Gewinnabsicht verzichten und ist dann keine gewerbliche Unternehmung. (Bad. Rechtspr. 01, 274.) Sie kann, von einer Bank z. B., als reines Erwerbsgeschäft geführt werden. Zwischen beiden Möglichkeiten liegen Übergänge, wobei die Erwerbsabsicht neben anderen Zwecken gemeinnütziger oder wohltätiger Art besteht. Dann ist die auf § 2 HGB. begründete Kaufmannseigenschaft gegeben, so lange sich Absicht auf dauernden Gewinn nachweisen läßt. Wenn aber feststeht, daß der Unternehmerin selbst keinerlei Gewinn zufließt, sondern daß dieser direkt gemeinnützigen Zwecken zugeführt wird, dann dürfte auch hier, entgegen der Ansicht des KG. (RJA. 2, 23), die Kaufmannseigenschaft ausgeschlossen sein.

Gleiches dürfte regelmäßig für die Einkaufsvereinigungen zutreffen, soweit sie nicht nach ihrer Form (Genossenschaft, Aktiengesellschaft) als Kaufleute zu gelten haben. Wenn sie die eingekauften Waren an die Teilnehmer verteilen oder nur an diese ohne Gewinn verkaufen, dann wird kein wirtschaftlicher Gewerbebetrieb vorliegen und Eintragung ins Vereinsregister erfolgen können. Aber auch wenn bei dem Verkauf an Mitglieder regelmäßig ein Gewinn erzielt wird, der am Schlusse des Geschäftsjahres an die einzelnen Mitglieder nach dem Verhältnis der gezahlten Kaufpreise zurückvergütet wird, so ist das tatsächlich nur die nachträgliche Feststellung des richtigen Preises (KG. in OLGRspr. 2, 124 und die dort angeführten Erkenntnisse, insbesondere RGSt. 5, 112). Wird aber satzungsgemäß auch an Nichtmitglieder verkauft, dann liegt ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und Kaufmannseigenschaft vor (vgl. z. B. für Gewerbebetrieb Reger-Stöhsel und Landmann-Rohmer GewO. zu § 1).

So kommen wir zum Ergebnis, daß wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und Kaufmannseigenschaft auch bei juristischen Personen dann anzunehmen ist, wenn sie die Absicht haben, aus dem Unternehmen eine Erwerbsquelle für sich zu schaffen. Ob dies der Fall ist, kann aber nicht schablonenhaft entschieden werden. Insbesondere fällt ein Unterschied auf. Wenn der Staat, die Gemeinde, die Provinz, die Handwerkskammer, die Landwirtschaftskammer (ZBlFrGB. 3, 716), die Stiftung durch ein Unternehmen am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, dann genügt es zur Begründung der Gewerbe-Eigenschaft, wenn der Erwerb den betreffenden Unternehmern (Staat 2c.) zufließt und es kann nicht weiter untersucht werden, wozu der Gewinn verwendet wird; auch wenn das zu gemeinnützigen Zwecken geschieht, wird dadurch am Gewerbskarakter z. B. des Hofbrauhauses oder einer von einer Stiftung betriebenen Buchhandlung nichts geändert. Das egoistische Erwerbsmoment ist doch zunächst gegeben. Dagegen erscheint dasselbe bei einer Personenvereinigung auch dann ausgeschaltet, wenn satzungsgemäß keiner der Teilnehmer, die wirtschaftlich als die Unternehmer erscheinen, von der Unternehmung einen Vorteil haben kann, wenn vielmehr der Gewinn zu altruistischen Zwecken, sei es auch des Vereins selbst, zu verwenden ist. Und umgekehrt ebenso, wenn das Unternehmen sich nicht an die Allgemeinheit wendet, sondern nur mit den eigenen Mitgliedern im Verkehr tritt. Aus ähnlichen Gründen kann aber auch ein Unternehmen z. B. des Staats oder einer Stiftung den Erwerbskarakter verlieren, wenn z. B. nach Gesetz oder Satzung die Kosten oder ein Teil derselben in karitativer Weise bestritten werden (z. B. in einer alkoholfreien Wirtschaft einer Stiftung) oder bei einer Kantine für einen Truppenteil. Entscheidend bleibt immer ob die Absicht besteht, sich einen dauernden Erwerb zu schaffen.

Das deutsche Erbschaftssteuergesetz.*)

Man könnte in großen Zügen die Steuergewalten im Reich dahin abgrenzen, daß diesem die indirekten Steuern, den Bundesgliedern die direkten Personalsteuern, den Gemeinden die direkten Realsteuern zukommen. Jedenfalls war bisher das Reich für seine Einnahmen, soweit sie Steuern waren, auf indirekte Abgaben, Zölle, Verbrauchs- und Verkehrssteuern, angewiesen, Art. 36 der Verfassung; da sie und die an erster Stelle zur Deckung der Finanzbedürfnisse dienenden Überschüsse der eigenen Betriebe des Reichs, Posten, Telegraphen, Eisenbahnen usw. nicht zureichen, so wird der Rest auf die Gliedstaaten umgelegt (Matrikularbeiträge) und zwar nach der Bevölkerungszahl. Diese höchst ungleich wirkende Belastung — man kann nicht 100 Bewohner des Thüringer Waldes mit 100 Einwohnern Hamburgs vergleichen — zu beseitigen, in der Hauptsache aber, damit das Reich finanziell auf eigene Füße zu stellen, legten die verbündeten Regierungen dem Reichstage 1905 einen Gesetzentwurf vor, der durch eine Änderung des Brausteuer-, des Tabaksteuer-, des Reichsstempelgesetzes, durch eine Zigaretten- und

*) Gesetzentwurf und Begründung in Nr. 10 Anl. 5 der Drucksachen des Reichstages, 05/06; erste Beratung in der 15. bis 19. Sitzung, vom 9. bis 13. Jan. 06, S. 405 ff. der StenB. Bericht der VI. Kommission (28 Mitglieder) auf Nr. 360 der Drucksachen. Zweite Plenarberatung in der 98. bis 100. Sitzung, vom 9. bis 11. Mai 06, S. 3050 ff. der Berichte; dritte Beratung in der 107. Sitzung am 19. Mai 06, S. 3349 der Berichte. Das Gesetz ist auf S. 654 ff. des RGBl. 06 abgedruckt als viertes Stück des Gesetzes betr. die Ordnung des Reichshaushalts und die Tilgung der Reichsschuld, vom 3. 6. 06, RGBl. S. 620 (sog. Mantelgesetz).

eine Erbschaftssteuer dem Reiche die fehlenden 230 Millionen Mk. schaffen sollte. Von diesen Plänen ist nur die Änderung des Tabaksteuergesetzes gefallen; die anderen haben die gesetzliche Sanktion erhalten. Hier beschäftigt uns nur die Erbschaftssteuer, deren Ertrag der Entwurf auf 72 Millionen Mk. angibt — nach der Steigerung der Vermögen in den letzten Jahren wurde von anderer Seite ein Ertrag von 80 Millionen Mk. geschätzt — wovon $^2/_3$ (des Rohertrages) dem Reich verbleiben sollen, $^1/_3$ die die Steuer erhebenden und sie als veredelte Matrikularbeiträge an das Reich abführenden Bundesstaaten erhalten, die nunmehr lediglich angewiesen sind auf die Besteuerung der Ehegatten und Abkömmlinge (im Reiche frei) und auf Zuschläge zur Reichssteuer, wo sie gegen die Landessteuer zurückbleibt. Wie unsere Steuern überhaupt nach den öfteren Darlegungen von zuständiger Seite in ihrer Belastung weit hinter denjenigen in anderen Staaten, namentlich in England und Frankreich zurückbleiben, so ist das auch mit der Erbschaftssteuer der Fall: Frankreich erhob 1903 von 4 Milliarden Mk. Nachlässen 182 Millionen Mk. Steuern, freilich unter Einbeziehung der Abkömmlinge und Ehegatten, 70 v. H. der Erbfälle, als Steuerpflichtige; sie lieferten $^1/_3$ der Steuer; ferner hat Frankreich bedeutend höhere Steuerprozente, sowie eine stärkere Progression; für Deutschland wird die Höhe der Nachlässe ebenso geschätzt. Nach dieser Seite hin also waren grundsätzliche Einwendungen gegen die Steuer wenig zu erwarten. Die Frage, ob sie eine indirekte oder direkte sei, gehörte kaum vor das Forum des Reichstages, wurde aber doch nicht bloß gestreift. Die Regierung betrachtet sie als eine indirekte; die linke Seite des Hauses begrüßt sie als eine Abschlagszahlung auf die Einführung direkter Steuern im Reich, da die Steuer von einem direkten Vermögenszuwachs, unmittelbar vom Steuerträger erhoben werde. Von einer so äußerlichen Auffassung jenes Unterschiedes darf man aber nicht ausgehen; die Steuer ist eine auf dem Vermögensübergang ruhende Verkehrssteuer, die, wie regierungsseitig bemerkt wurde, noch niemand z. B. habe dem Reichsdoppelbesteuerungsgesetz unterstellen wollen. Sie ist nicht, wie die sonstigen direkten Steuern, auf den Besitz und seine Erträge als solche gelegt, sondern auf den Übergang solchen Besitzes. Ebenso ist die Rechtfertigung der Steuer bei ihrer Beratung behandelt worden; sie ist begründet mit dem Schutze, den der Staat dem Willen des Erblassers angedeihen läßt. Das führt auf die alte, aber aufgegebene Lehre von der Rechtfertigung der direkten Steuern. Der tiefere Grund aller Steuerpflicht ist die sittliche Verpflichtung des Individuums, nach seinen Kräften wie mit seinem Blut gegen innere und äußere Feinde des Gemeinwesens, dem er angehört, so mit seinem Gute ihm in den materiellen Bedürfnissen seines Daseins beizustehen. Da bietet sich dann ein unverdienter Vermögenserwerb, wie ihn die Erbschaft darstellt, als hervorragend geeigneter Anlaß zu einer Auflage an das Individuum im Interesse der Gesamtheit. Diese darf nicht etwa als Miterbe aufgefaßt werden; die Besteuerung der vorhandenen Erben einerseits, die Nachfolge in erblose Nachlässe andererseits, so sehr sie nur graduell erscheinen, sind doch wesentlich verschieden.

Als Formen der Erbschaftsbesteuerung bieten sich in der Hauptsache zwei dar: die nächste wäre die Besteuerung des Nachlasses als solchen, so daß jeder Beteiligte denselben Prozentsatz zu tragen hat wie das ganze; der Alleinerbe von 100 000 Mk. würde sich dabei infolge der Steuerprogression besser stehn als der Teilerbe, der 100 000 Mk. bekommt. Mit dieser von der Sozialdemokratie geforderten Nachlaßbesteuerung wäre gleichzeitig die Frage der von ihr verlangten Besteuerung von Ehegatten und Abkömmlingen entschieden. Wie sie als prinzipale Steuer nicht Anklang gefunden hat, so ist auch der Plan, sie ergänzend heranzuziehen, fallen gelassen. Die Erbanfallsteuer, als welche sich die unseres Gesetzes darstellt, geht dagegen dem einzelnen Erwerb nach und kann so den verschiedenen Wirkungen der Anfälle Rechnung tragen.

Der Gesetzentwurf hat sich nun dem preußischen Erbschaftssteuergesetze vom $\frac{30.}{19.}$ Mai $\frac{1873}{1891}$, 31. Juli 1895 eng angeschlossen, unter Berücksichtigung der mit ihm gemachten Erfahrungen einerseits, des Einflusses des neuen Bürgerlichen Rechts andrerseits. Von den 4 hauptsächlichsten Abweichungen interessieren uns hier nur die neue Besteuerung der Eltern und Voreltern; die Erhöhung der Prozentsätze der Steuer nach der Verwandschaft mit dem Erblasser von 2, 4, 8 auf 4, 6, 8, 10 und die Einführung einer Steuerprogression, richtiger einer Degression. Durch diese Steuererhöhung werden sich die bisher in Preußen letztlich aufgekommenen 11 Millionen Mk. auf 48 Millionen Mk. erhöhen und das Reich hat die Möglichkeit, den Einzelstaaten für die Aufgabe ihrer Sondersteuern vollwertigen Ersatz neben der Befriedigung der eigenen Bedürfnisse zu bieten.

§§ 1 bis 9: Steuerobjekt ist jeder Erwerb von Todeswegen, außer Erbschaften auch Vermächtnisse und Pflichtteile, sowie was den Vermächtnissen gesetzlich gleichsteht; ferner Lehn-, Fideikommiß- und Stiftungsrentenanfälle u. s. w.; endlich Schenkungen unter Lebenden. Abfindungen für einen Erbverzicht, für Ausschlagung einer Erbschaft unterliegen ebenfalls der Steuer. Unbewegliches Vermögen, Grundstücke und Berechtigungen, für die die Vorschriften über Grundstücke gelten, ist ohne Rücksicht darauf, wer es hinterläßt, Gegenstand der Besteuerung nur,

wenn es im Inlande liegt. Zur Besteuerung beweglichen Vermögens muß Erblasser (Letztberechtigter) Deutscher gewesen sein und einem Bundesstaate angehört haben*); erweislich gezahlte ausländische Steuer wird angerechnet; Vermögen in Schutzgebieten ist steuerfrei, wenn Erblasser dort Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Inländisches Vermögen eines Ausländers, eines Deutschen, der einem Bundesstaate nicht angehört, ist steuerpflichtig, wenn er letztlich seinen Wohnsitz, Aufenthalt, in einem Bundesstaate hatte; anderenfalls, wenn der Erwerber hier seinen Wohnsitz hat. Steuerfreiheit oder Ermäßigung im Falle der Reziprozität; auch Anordnungen des Reichskanzlers zulässig zur Verhinderung von Doppelbesteuerungen. Ein Gegenstand, über den eine deutsche Behörde Buch führt zur Eintragung des Berechtigten, gilt als im Inlande befindlich: ein Anspruch dann, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist. Schulden und Kosten, die getrennt oder einheitlich auf steuerpflichtigem und steuerfreiem Vermögen haften, kommen nur zu einem Teile, also bei jenem oder verhältnismäßig zum Abzug; eingetragene persönliche Schulden zunächst als Grundstückslast, der nicht gedeckte Teil erst bei der übrigen Masse.

§§ 10 bis 15. Steuersubjekte und Höhe ihrer Belastung. Der § 10 (12 des Entwurfs) bildet den Kern der ganzen Materie, weshalb die zweite Plenarberatung von ihm ihren Anfang nahm. Daß die Eltern und Voreltern entgegen dem preußischen Vorbilde für steuerpflichtig erklärt sind, ist schon erwähnt, ebenso der Streit um die Einbeziehung der Abkömmlinge und Ehegatten. Wenn im Auslande, so in Frankreich, ebenfalls zum Teil im deutschen Reiche, so in Elsaß-Lothringen, die Besteuerung auch dieser Personen besteht, so konnte sich doch die Regierung nicht entschließen, gegenüber der in weiten Gebieten unbekannten Heranziehung**), sie auszusprechen und so ist ihre Besteuerung der Gesetzgebung der Bundesstaaten überlassen. Danach aber haben zu zahlen: Eltern, Geschwister und ihre Kinder 4 v. H.; Großeltern, Schwieger- (Stief-) Eltern und -Kinder, auch Geschwisterenkel, uneheliche und angenommene Kinder 6 v. H.; Geschwister der Eltern, Verschwägerte zweiten Grades der Seitenlinie 8 v. H. In den übrigen Fällen sind 10 v. H. zu bezahlen. Das sind aber nur die Sätze für die Anfälle bis zu 20000 Mk. Darüber hinaus findet eine Staffelung statt, indem bei einem Mehr von 10000, 20000 Mk. usw. je 1/10 mehr an Steuer erhoben wird; mit dem 25/10fachen bei mehr als 1 Millionen Mk. Anfall erreicht die Progression ihr Ende; nach dem Entwurf sollte sie schon bei mehr als 500000 Mk. Wert mit dem Doppelten der Steuer abschließen. Bei der Steuer von 4 v. H. beginnt die Steigerung erst bei einem Anfall von mehr als 50000 Mk. Wert, setzt hier aber sofort mit dem normalen 13/10 fachen ein.

Die Gerechtigkeit fordert es, daß nicht bei jedem Überschreiten einer Stufengrenze sofort die volle höhere Steuer gezahlt wird. Dies kennt das Preußische Gesetz bei den Erbschaften der Dienstboten usw., die, bis 900 Mk. Anfall von der Steuer befreit, diese zwar von der ganzen höheren Summe mit 1 v. H. (Rente), 8 v. H. (Kapital) zu entrichten haben, aber doch nur, soweit die Steuer aus dem Mehrbetrage über 900 Mk. entnommen werden kann, so daß ihnen in jedem Falle 900 Mk. verbleiben. Das Reichsrecht geht noch einen Schritt weiter: trotz der höheren Steuer muß jedem Pflichtigen die Hälfte des Mehrbetrages über die Stufengrenze verbleiben.

Zahlreich sind aber die Befreiungen und Ermäßigungen, in welchen Richtungen man noch über den Entwurf hinausgegangen ist; so sind Anfälle bis 500 Mk. (in Preußen bis 150 Mk.) steuerfrei; solche an Eltern usw. bis 100000 M.; Anfälle in Gestalt von Kleidungsstücken, Hausgerät bis 5000 Mk. Wert; Anfälle an Dienstboten usw. bis 5000 Mk. Wegen des Überschreitens der Grenze gilt das eben Gesagte. Bei den dauernd zur Land- oder Forstwirtschaft benutzten Grundstücken bleibt 1/4 der Steuer unerhoben. Sind solche Grundstücke in den letzten 5 Jahren Gegenstand eines steuerpflichtigen Anfalls gewesen, so wird die nochmalige Steuer von Eltern usw. nicht erhoben, dagegen auf die Hälfte ermäßigt, wenn bis zu 10 Jahren vorher das der Fall gewesen. Die Steuer von diesen Grundstücken kann ferner in 10 Jahresterminen entrichtet werden.

Besondere Vorschriften gelten für Anfälle an Kirchen, Stiftungen usw. Steuerfrei sind der Landesfürst und die Landesfürstin.

Wenn ein Erblasser zur Benachteiligung des Fiskus die Zuwendungen an eine Person zeitlich teilt, so sind die innerhalb 5 Jahren zugefallenen Vorteile als ein Erwerb anzusehen.

§§ 16 bis 26: Steuermasse. Die Bewertung von dauernd der Land- und Forstwirtschaft gewidmeten Grundstücke ist ein schwieriges Problem. Das preuß. Ergänzungssteuergesetz veranlagt den gemeinen Wert und das ist nach der ständigen Rechtsprechung des OVG. hier wie bei allen anderen Gegenständen des steuerbaren Vermögens der Verkaufswert. Unser Gesetz jedoch läßt im Anschluß an das BGB. den Ertragswert (4 v. H.) entscheiden. Der Wert eines

*) Vgl. dazu § 9 des Reichsgesetzes vom 25. 7. 1900, RGBl. 813 betr. die Schutzgebiete.

**) Der Nachlaß wird als Familieneigentum betrachtet, so daß der Ehegatte, die Kinder, die z. T. ihn haben miterwerben helfen, nichts erhalten, was ihnen nicht schon bisher mitgehörte.

Nießbrauchs, von Renten usw. wird in ähnlicher Weise wie im eben genannten preuß. Gesetz bestimmt. Wenn ihre vorausgesetzte Dauer nicht erreicht wird, tritt in gewissem Umfange eine Rückzahlung der Mehrsteuer ein.

Der Vorerbe wird wie ein Nießbraucher, der Nacherbe wie der Erbe behandelt, bei Einsetzuug auf den Überrest beide als Erben.

Von den zahlreichen weiteren Bestimmungen können hier nur uoch als allgemein interessierend hervorgehoben werden: Nachlaßverbindlichkeiten sind auch die Kosten der Beerdigung, der üblichen Leichenfeier, eines Grabdenkmals, der Nachlaßordnung, der Nachlaßstreitigkeiten, nicht die Kosten des einzelnen Erben, nicht die Erbschaftssteuer. Die Steuererhebung erfolgt durch den Bundesstaat des letzten Wohnsitzes des Erblassers. Jeder Erwerb ist binnen 3 Monaten seit Kenntnis anzumelden; auf Verlangen ist eine Steuererklärung abzugeben, die der Beanstandnng unterliegt. Darauf ergeht der Steuerbescheid, der mit der Beschwerde anfechtbar ist; hilft ihr die untere Instanz, das Erbschaftssteueramt, nicht ab, so entscheidet die Oberbehörde. Die weitere Beschwerde geht an die oberste Landesfinanzbehörde. Auch der Rechtsweg ist zulässig; zuständig sind in erster Instanz nur die Landgerichte.

Der Eingang der richtigen Steuer ist durch Geldstrafe gesichert. S.

Begriff, Bedeutung und Tragweite der Entlastung (Decharge).

Von **Dr. Rudolf Geiling**, Freiburg i. B.

Begriff der Entlastung. Allgemeine Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen.

§ 1.

Das heute geltende Gesetzesrecht enthält in keinem seiner Teile eine Definition des Begriffs der Entlastung, und obgleich außer dem HGB.[1]) noch mehrere andere Gesetze[2]) sich dieses Begriffs bedienen, hat der Gesetzgeber es nirgends für nötig gehalten, sich beispielsweise über die Wirkungen der Entlastung, die Voraussetzungen einer etwaigen Anfechtung oder über die Tragweite einer formell nicht mehr angreifbaren Entlastung zu äußern, obwohl solche gesetzliche Bestimmungen zur Verhütung von Streitfragen immerhin wünschenswert wären. Man ist daher schon für die Erforschung des Begriffsinhalts auf allgemeine Grundsätze, Vergleiche mit ähnlichen positiv geregelten Erklärungen sowie darauf angewiesen, aus den Erscheinungen des Geschäftslebens die diesen regelmäßig zugrunde liegende Willensmeinung der Beteiligten zu ermitteln und sie unter gegenseitiger Abwägung und Berücksichtigung der Bedürfnisse des Verkehrs in eine bestimmte, allgemein gültige Formel zu bringen.

Entlasten, décharger, discharge bedeutet: jemanden der Last einer Verantwortung entheben; sonach bildet die Entlastung im allgemeinsten Sinn als Regelfall den Abschluß einer für bestimmte Zeit mit einer gewissen Freiheit und Selbständigkeit geführten verantwortlichen Geschäftsführung oder Verwaltung. Sie enthält ein doppeltes Moment: ein positives, d. h. eine Anerkennung, ein Einverständnis mit dem erzielten Resultat und ein negatives, nämlich die Erklärung, daß Erinnerungen gegen die Verwaltung nicht oder nicht mehr erhoben werden wollen.[3]) Obgleich also in diesem Ausspruch stets ein Verzichten[4]) liegt, so ist es doch eine Eigentümlichkeit desselben, daß er nicht begriffsnotwendig eine Forderung zum Erlöschen bringt, wie z. B. der Erlaß oder Verzicht des bürgerlichen Rechts (BGB. § 397 Abs. 1), er setzt gar nicht voraus, daß dem Geschäftsherrn Ansprüche gegen den zu Entlastenden zustehen. Gleichviel, ob dies der Fall ist oder nicht, und ohne Rücksicht darauf, ob etwaige Forderungen aus Vertrag oder unerlaubter Handlung[5]) herrühren, schneidet die Entlastung jedes spätere Geltendmachen von Rechten seitens des Dechargierenden ab. Es ist infolgedessen auch nicht möglich, den Begriff der Entlastung in Anlehnung an scheinbar verwandte oder doch auf ähnlichem Gebiete liegende Rechtsgeschäfte des BGB. zu konstruieren, etwa als Schuldübernahme (BGB. § 414), oder als Schuldanerkenntnis (BGB. § 781) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern; eher ließe sich die Entlastung noch mit dem negativen Anerkennungsvertrag des § 397 Abs. 2 BGB. in Zusammenhang bringen, wenn hiermit nicht ihre Auffassung als einseitiges Rechtsgeschäft in Wider-

---

[1]) HGB. §§ 248 Abs. 2 und 3, 252 Abs. 3, 260 Abs. 1.

[2]) Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 89 in der Fassung vom 20. 5. 98 § 43 Abs. 3 und G. betr. die Ges. m. b. H. vom 20. 4. 92 in der Fassung vom 20. 5. 98 § 46 Ziff. 5 und § 47 Abs. 4. Die Materialien geben ebenfalls keinen Aufschluß.

[3]) Diesen zweifachen Inhalt betrat insbesondere Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 2, 92; auch Nothnagel, Die Entlastung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft in der Allg. österr. GerichtsZtg. 51 (1900), 111. Ebenso RG. bei Bolze 15, 126.

[4]) Nicht ganz richtig scheint deshalb die Äußerung Gumprechts, Über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Leipziger Inauguraldissertation 1902, 42 Anm. 1, daß die Entlastung nicht jedesmal, namentlich bei irreführenden unvollständigen Vorlagen nicht, eine Verzichtleistung in sich schließe. Jede Entlastung enthält begrifflich ein Verzichten, das allerdings unter gewissen Umständen angefochten werden kann.

[5]) Vgl. Staub, Kommentar zum HGB. § 260 Anm. 11; Esser, Die Aktiengesellschaft, § 260 Anm. 6.

spruch stünde. Auch ein Vergleich mit der Genehmigung (Ratihabition, BGB. § 184) würde nicht zutreffen, da — abgesehen von allen andern Abweichungen — die Gesellschaft ohne ihren Willen durch jedes Geschäft des Vorstandes kraft dessen gesetzlicher Formalvollmacht (HGB. §§ 231 Abs. 1, 235 Abs. 2 Satz 1) den Gläubigern verpflichtet wird.[6]) Die Entlastung erstreckt sich nur auf das innere Verhältnis zwischen den Verwaltungsorganen und der Gesellschaft, und es bleibt letzterer überlassen, die wechselseitigen Beziehungen nach ihrem Gutdünken zu regeln.[7]) Als Inhalt der Entlastung ergibt sich demnach, daß mit ihrer Erteilung die Gesellschaft bezw. die Generalversammlung als zuständiges Organ sich des Rechts begibt, für Geschäfte, die infolge Gesetzeswidrigkeit, Unzweckmäßigkeit, Ungehorsam gegen erteilte Weisungen u. s. w. Schaden gebracht haben, Regreßansprüche gegen den verantwortlichen Leiter geltend zu machen; Verluste fallen nunmehr allein dem Vermögen der Gesellschaft zur Last.

Versuchen wir, alle bisher einzeln erwähnten Momente zu einer Definition zusammenzufassen, so hätte diese etwa zu lauten: Unter Entlastung versteht man eine zumeist dem Gesellschaftsrecht[8]) eigentümliche Form der Billigung der im Auftrag einer Personenmehrheit für eine bestimmte Zeit geführten Vermögensverwaltung unter gleichzeitigem Verzicht auf die Geltendmachung etwaiger künftiger Ansprüche und Einwendungen gegen die Geschäftsführung des Verwalters. Ungefähr im gleichen Rahmen bewegen sich auch die von der Literatur und Rechtsprechung aufgestellten Definitionen[9]); sie betonen bald das eine, bald das andere Moment mehr unter Beiseitelassung der weiteren Merkmale und bieten im großen und ganzen keinen Anlaß zu Auseinandersetzungen.

Die Entlastung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Diese Willenserklärung der Generalversammlung gilt zwar einer bestimmten Person oder Personenmehrheit, es ist aber eine besondere Entgegennahme seitens des Vorstands und Aufsichtsrats zur Wirksamkeit der Erklärung nicht notwendig. Der Verzicht auf die Regreßansprüche bedarf keiner Annahme und die Entlastung ist somit ein einseitiges, nichtempfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. In der Praxis wird die Entlastung ja meist im Anschluß an die Erstattung des Rechenschaftsberichts erteilt, wo der anwesende Vorstand von dem Ausspruch der Generalversammlung Kenntnis nimmt, notwendig ist dies aber nicht. Makower[10]), der im übrigen diese Ansicht teilt, erwähnt — unter Bezugnahme auf Planck[11]) eine Möglichkeit, die Entlastung auch als Vertrag zu konstruieren, bei welchem eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten sei (BGB. § 151). Diese Auffassung scheint uns verfehlt, weil es schlechterdings unmöglich ist, in die Entlastungserteilung nach ihrem oben angeführten Inhalt die Merkmale eines Vertragsantrags hinein zu interpretieren, bei dem eine Zurückweisung noch im Bereiche realer Tatsachen läge. Darüber aber, ob etwa der Entlastung trotzdem ein Platz im Gefüge eines Leistungsvertrags bezw. Schuldverhältnisses zuzuweisen oder ob sie isoliert für sich zu betrachten ist, soll erst der folgende Abschnitt Aufschluß geben.

§ 2.

Der Anspruch auf Entlastung.

I. Die Frage, ob die Gesellschaftsorgane einen klagbaren Anspruch gegen die Gesellschaft oder die Generalversammlung auf Erteilung der Entlastung haben, wird im allgemeinen bejaht.[1]) Indessen begnügt man sich meistens, ohne sich weiter auf Einzelheiten einzulassen, damit, zu sagen, Vorstand und Aufsichtsrat könnten zur Erzwingung ihres Rechts den Klageweg beschreiten. So ganz ohne Schwierigkeiten dürfte die Sache aber doch nicht sein. Zunächst muß unseres Erachtens unterschieden werden zwischen dem Anspruch der Verwaltungsorgane auf Beschlußfassung der Generalversammlung über Er-

---

[6]) Vgl. hierzu die Entsch. des ROHG. 20, 221, wo die Entlastung als Ratihabition des vom Aufsichtsrat dem Vorstand erklärten Verzichts — was nach früherem Recht nicht gesetzlich ausgeschlossen war — bezeichnet wird; für das heutige Recht nunmehr ohne Bedeutung.

[7]) Vgl. Entsch. des OLG. Hamburg vom 14. 4. 87 in der HansGZ. 1887, 225 ff., wo eine Herabdrückung des Vorstandes zum bloßen Exekutivbeamten des Aufsichtsrats für zulässig erklärt wird, natürlich ohne Änderung seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter nach außen.

[8]) Auch in anderen Rechtsgebieten, z. B. im Vormundschaftsrecht, kommt der Begriff der Entlastung vor; von dem materiellen Unterschied der einzelnen Willenserklärungen, für die im Gesetz jeweils der gleiche Ausdruck gebraucht wird, ist später zu sprechen.

[9]) Vgl. Staub § 260 Anm. 9; Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. § 260 Anm. 4; Makower, Kommentar zum HGB. § 260 Anm. 4a; Esser § 260 Anm. 3; Gareis, Handausgabe des HGB. § 260 Anm. 5; Dernburg, Lehrbuch 2, 92; Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften 610; ROHG. 20, 221, RG. 12, 77 (= Bolze Bd. 1 Nr. 393), RG. bei Bolze 12, 102; 15, 126. Vgl. auch RG. 13, 51.

[10]) Kommentar § 260 Anm. 4a.

[11]) Kommentar zum BGB. § 397 Anm. 1.

[1]) So z. B. Dernburg a. a. O. 92; Staub § 260 Anm. 8, 8. Aufl. Anm. 12; Makower § 260 Anm. 5e; Goldmann, Kommentar 2, 1076; Esser § 260 Anm. 5; Pinner § 260 Anm. 9; Markus, Die prozessuale Geltendmachung des Dechargeanspruchs, Holdheim 14, 40 ff.; Hagen, Über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft in GruchotsBeitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts 42, 364; Nothnagel a. a. O. 111; RG. 49, 145. Vgl. dagegen Ztschr. für Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. Bd. 13 (1906) Nr. 3.

teilung oder Verweigerung der Entlastung überhaupt und einem weiteren besonderen Recht auf die Erteilung der Entlastung selbst.[2])

Suchen wir in erster Linie nach dem Rechtsgrund des Anspruchs auf Beschlußfassung überhaupt, so muß die theoretische Konstruktion einen Unterschied machen für Fälle, die noch dem Geltungsbereich des Allgemeinen deutschen HGB. angehören, und für solche, die der Regelung des HGB. vom 10. 5. 97 unterliegen. Um die letztere Gattung vorwegzunehmen, dürfte sich der Anspruch auf ein Schlüssigwerden der Generalversammlung über eine etwaige Decharge sehr einfach aus den Worten des Gesetzes selbst ergeben. Nach § 260 Abs. 1 „beschließt" die Generalversammlung über die Entlastung, d. h. sie muß hierüber jedenfalls einen Beschluß, und zwar einen endgültig entscheidenden über Erteilung oder Verweigerung fassen,[3]) und da eine Erzwingung durch Ordnungsstrafen gemäß § 319 Abs. 1 HGB. nur für die Pflichten des Vorstands in § 260 Abs. 2 vorgesehen ist, bleibt nichts übrig, als dem Vorstand und Aufsichtsrat das klagbare Recht zu bewilligen, die Generalversammlung bei ungebührlicher Verzögerung[4]) mindestens dazu zu zwingen, sich über ihre Absichten betreffs der Dechargierung oder deren Verweigerung unzweideutig zu äußern. Das ADHG. dagegen kannte eine dem § 260 Abs. 1 HGB. entsprechende Bestimmung nicht, und wie deshalb vielfach Zweifel herrschten, ob auch der Aufsichtsrat die Entlastung aussprechen könne[5]), so war man ebenso für die vorliegende Frage aufs Konstruieren angewiesen. Man nahm also einen nicht ausdrücklich stipulierten Vertrag an, kraft dessen der Vorstand wie jeder andere Vermögensverwalter mit der Rechnungslegung[6]) sich ein Recht darauf erwarb,[7]) daß der Geschäftsherr entweder ihn formell seiner Verantwortung entließ oder aber ihm das Fortbestehen seiner Haftung ankündigte, d. h. mit andern Worten, ihm die Entlastung erteilte oder verweigerte, also eine Art positiver oder negativer Quittung.[8]) Diese Anschauung führt nun allerdings zur Aufstellung eines eigentümlichen, so zusagen dreigliedrigen Schuldverhältnisses, indem die Rechnungslegung, mit der sich der Verwalter den Anspruch auf einen Beschluß der Generalversammlung erwirbt, selbst wieder aus einem andern Vertrag z. B. dem Dienstvertrag oder auch schon aus der Vermögensverwaltung als solcher geschuldet wird und von der Gesellschaft wohl auch ohne die Androhung in § 319 Abs. 1 zivilrechtlich erzwungen werden könnte. Ein Hindernis gegen die Annahme dieser Konstruktion dürfte indessen darin nicht zu erblicken sein. Für den früheren Rechtszustand konnte übrigens auch die allgemeine Übung wohl als eine Art Rechtsgrund für die Verpflichtung der Generalversammlung zur Kundgebung ihres Willens herangezogen werden, da schon vor der Aufnahme der betreffenden Bestimmungen im Gesetz fast alle Aktiengesellschaften in ihren Statuten eine Beschlußfassung über die Decharge vorsahen.[9]) Es darf ferner daran erinnert werden, daß heute jeder beliebige Verein und jede sonstige Personengesamtheit, deren Vermögen von einem Kassier, Rechner u. s. w. verwaltet wird, in bestimmten Zeitabschnitten, meist in einer jährlichen Hauptversammlung, sich über eine Erteilung oder Verweigerung der Entlastung schlüssig macht, gleichviel, ob in den Satzungen etwas darüber bestimmt ist oder nicht. Man wird nicht fehl gehen, wenn man auch solchen Angestellten ein klagbares Recht darauf gewährt, den Schwebezustand ihrer Haftbarkeit entweder beendet zu sehen oder eine ausdrückliche Erklärung zu erhalten, daß und wofür man sie belangen wolle. Im übrigen bildet natürlich die Entlastungsverweigerung gewissermaßen nur die Einleitung zu dem eigentlichen Schadensersatzverfahren, sie hat den Charakter einer vorläufigen Feststellung und bildet, worauf noch zurückzukommen ist, eine Art materieller Anspruchsvoraussetzung für die nachfolgende prozessuale Geltendmachung der Ersatzforderungen.

Anders verhält es sich aber mit dem Anspruch auf die Entlastung selbst. Die Literatur, die den hier betonten Unterschied nicht macht, nimmt diesen Anspruch der Gesellschaftsorgane dann als gegeben an, wenn sie durch Vorlegen der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, der sonstigen vom Aufsichtsrat und der Generalversammlung geforderten Aufklärungen und Nachweise in gehöriger Form die Resultate ihrer Geschäftsführung zur Prüfung unterbreitet haben. Staub, dem dieser Passus entnommen ist,[10]) fügt noch bei: die Vertreter der Gesellschaft mögen auf die Klage auf Erteilung der Entlastung die Weigerung der Generalversammlung begründen. Es liegt auf der Hand,

[2]) Den Unterschied hebt richtig hervor Rothnagel a.a.O. 111.

[3]) So anscheinend auch Markus, Holdheim 14, 40.

[4]) Vgl. Staub § 260 Anm. 8.

[5]) Vgl. das oben zitierte Urteil des ROHG. 20, 221.

[6]) Insofern erscheint die Ansicht Pinners § 260 Anm. 9, daß die Entlastung begriffsmäßig eine Rechnungslegung voraussetze, verständlich. Dagegen Makower § 260 Anm. 4a.

[7]) So z. B. im „Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen vom 7. 9. 83, abgedruckt in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts 44, 358.

[8]) Vgl. den entsprechenden Gedanken in BGB. § 368 und RG. bei Bolze 12, 102.

[9]) Vgl. besonders Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaft. Kritik und Reformvorschläge 355 ff. Hiernach hätte wohl auch ohne derartige statutarische Festlegung auf einen Ausspruch über die Decharge geklagt werden können.

[10]) § 260 Anm. 8.

daß damit für die Sache selbst nichts gewonnen ist,[11]) denn klagen mit der Aussicht, daß der Gegner seinen abweichenden Standpunkt begründet, kann man auch, ohne den geringsten Rechtstitel zu haben; wir wollen aber doch feststellen, wann objektiv ein solcher Klaganspruch auf Entlastung vorliegt. Man wird auch hier wieder einen Unterschied machen müssen, und zwar nach einer formalen und einer materiellen Seite hin. Formal, äußerlich hat gewiß der Vorstand ein Recht auf Entlastung, wenn er ordnungsmäßig Rechnung gelegt und alle ausdrücklich verlangten Auskünfte gegeben hat, aber damit ist unseres Erachtens noch lange nicht gesagt, daß jetzt die Generalversammlung um jeden Preis mit der Geschäftsführung des Vorstandes auch materiell zufrieden sein und ihn entlasten muß. Sie kann doch ebensogut sehr erhebliche Bedenken gegen die erzielten Resultate haben; einen Zwang zur Billigung wird ihr niemand auferlegen können.[12]) Selbstverständlich dürfen aber auch die Grundsätze von Treu und Glauben nicht ignoriert werden, und ein Anspruch auf Entlastung besteht deshalb unter allen Umständen dann, wenn z. B. der Vorstand bestimmte Weisungen des Statuts oder der Generalversammlung — vielleicht gegen seine Überzeugung — befolgt und ausgeführt hat. Dies wird auch allgemein anerkannt.[13])

Das Nähere hierüber soll später besprochen werden.

II. Was die prozessuale, jedem Mitglied des betreffenden Organs zustehende Geltendmachung der beiden Ansprüche[14]) betrifft, so muß hier auf eine erschöpfende Darstellung verzichtet werden; eine kurze Übersicht dürfte indeß zeigen, daß es auch auf diesem Felde an Zweifeln und Streitfragen nicht mangelt. Zunächst ist klar, daß das besondere Rechtsmittel der Anfechtung gemäß § 271 HGB. nur da angewendet werden kann, wo es sich tatsächlich um eine Verletzung des Gesetzes oder Gesellschaftsvertrags handelt. Würde z. B. eine Generalversammlung beschließen, die Dechargierung bis zum nächsten Jahre in der Schwebe zu lassen, um erst den Erfolg bestimmter Maßnahmen des Vorstands abzuwarten, so dürfte darin eine Verletzung des Gesetzes zu sehen sein, das in § 260 Abs. 1 der Generalversammlung eine bestimmte Äußerung zur Pflicht macht. Das wäre eine der wenigen Anwendungsmöglichkeiten des § 271 Abs. 1, 4 für die vorliegende Frage. In sonstigen Fällen, namentlich also dann, wenn der Vorstand sich durch die Verweigerung der Entlastung benachteiligt glaubt, müssen die allgemeinen Rechtsbehelfe der ZPO. angewendet werden. Von den zwei Möglichkeiten, die sich hier bieten, der Leistungs- und der Feststellungsklage, scheint die letztere auf den ersten Blick den Vorzug zu verdienen. Würde also der Vorstand in seiner Klage den Antrag stellen und begründen: es werde festgestellt, daß der Gesellschaft keine Forderungen mehr gegen ihn zukommen und würde das Gericht ein Urteil nach dem Antrag erlassen, so wäre die Sache erledigt und die Verwaltung von ihrer Haftbarkeit befreit. Die Voraussetzungen der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. dürften als gegeben anzunehmen sein.[15]) Demgegenüber bedeutet eine Leistungsklage einen erheblichen Umweg, denn da die Erteilung der Entlastung eine Handlung ist, die nur durch die Generalversammlung, nicht durch Dritte vorgenommen werden kann und ausschließlich von dem Willen der Aktionäre abhängt, bedarf es der umständlichen Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO., um dem Urteil Wirkung zu verschaffen. Gegen wen soll aber in diesem Falle überhaupt die Klage gerichtet werden? Da die Generalversammlung als solche weder partei- noch prozeßfähig ist, so können als Beklagte nur sämtliche Einzelaktionäre oder die Gesellschaft selbst in Betracht kommen. Im ersteren Fall ließe sich zwar die Vollstreckung durchführen, aber nur unter Beiseitelassung wichtiger Bedenken, denn wie später noch auszuführen sein wird, sind eben die sämtlichen Aktionäre noch keine Generalversammlung, noch kein Gesellschaftsorgan. Sollte dagegen die Klage von Vorstand und Aufsichtsrat gegen die Gesellschaft selbst gerichtet worden sein,[16]) so fehlt dieser wieder ihr gesetzlicher Prozeßvertreter (§§ 231 Abs. 1, 247 Abs. 1), es müßte daher in analoger Anwendung des § 254 Abs. 3 HGB. das Gericht erst die Einberufung der Generalversammlung veranlassen, die dann endlich — wiederum nur in bloßer Anlehnung an § 268 Abs. 2 Satz 1 HGB. und ohne direkte gesetzliche Stütze — besondere Vertreter zur Führung des Rechtsstreites zu wählen hätte. Ob aber nun nach ergangenem Leistungsurteil die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO. gegen die Generalversammlung, die die Entlastung verweigert, unter Solidarhaft ihrer Teilnehmer oder gegen sämtliche Einzelaktionäre stattfinden soll, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich an der Verweigerung der Decharge mit ihrer Stimme beteiligt haben oder

[11]) Die Untersuchung von Markus behandelt nur den Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder.

[12]) Gegen den materiellen Anspruch auf Entlastung s. z. B. Zeitschr. für Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. Bd. 13 (1906) Nr. 3. Anders. Ansicht anscheinend Markus a. a. O. 41.

[13]) Vgl. Fuld im Gerichtssaal 37, 437 und Frassati, Die Strafbestimmungen der drei Gesellschaftsgesetze in der ZStW. 14, 424.

[14]) Für den Aufsichtsrat Markus a. a. O. 40 f.

[15]) Dieser Meinung auch RG. bei Bolze 12, 102, ebenso Markus 41.

[16]) Nach dem Prinzip der §§ 272 Abs. 1 Satz 1 mit § 271 dürfte das letztere richtiger sein. Leider hat sich Markus gerade hierüber nicht ausgesprochen, da er nur den Aufsichtsrat klagen und dann natürlich die Gesellschaft durch den Vorstand vertreten sein läßt.

nicht, diese Frage bietet von neuem Anlaß zu Zweifeln. Wie man sieht, können auf diesem Gebiete recht komplizierte Situationen entstehen. Von größerer Tragweite aber noch als diese mehr oder weniger formalistischen [17]) Schwierigkeiten scheint uns die Erwägung zu sein, ob überhaupt ein Gericht befugt ist, zwangsweise in diese, sozusagen höchstpersönlichen Rechte der Generalversammlung einzugreifen. Es wurde oben schon hervorgehoben, daß man diesem Gesellschaftsorgan zwar kein absolut freies Ermessen über die Haftbarmachung der Verwaltung zugestehen könne, weil sonst diese ohne Schutz gegen allerlei Schikanen bliebe, aber andrerseits muß doch die Generalversammlung stets Herrin im Hause sein und darf nicht der Gefahr ausgesetzt werden, daß unter Umständen die begründete Verantwortung eines Vorstandes oder Aufsichtsrats durch ein Gericht aufgehoben wird, dem die nötigen kaufmännischen oder technischen Erfahrungen und Kenntnisse trotz Sachverständigengutachten fehlen oder dem auch aus Furcht vor der Öffentlichkeit nicht alles Sachdienliche mitgeteilt wurde. Aus diesem Grunde scheint uns auch die Anwendung des § 894 ZPO.[18]), scheinbar des einfachsten Wegs der Zwangsvollstreckung, nicht unbedenklich obwohl sie in der Literatur Vertreter gefunden hat.[19]) Diese kurzen Hinweise werden genügen, um auf prozeßrechtlich interessante Einzelheiten aufmerksam zu machen.

§ 3.

Grundlagen und Voraussetzungen der Entlastung im allgemeinen.

In der Regel wird die Entlastung ausgesprochen in unmittelbarem Anschluß an die Genehmigung der Jahresbilanz und der vorgeschlagenen Gewinnverteilung nach Erläuterung des Geschäftsberichts und der Erteilung weiterer Aufschlüsse seitens des Vorstands vor den versammelten Aktionären. Es unterliegt keinem Zweifel, daß zwischen diesen verschiedenen Entschließungen der Generalversammlung gewisse, auch innerlich begründete Beziehungen bestehen, ohne daß aber eine direkte Abhängigkeit der Entlastung von den andern Beschlüssen notwendig angenommen werden müßte.[1]) So kann, um ein häufig gebrauchtes Beispiel anzuwenden[2]), die Bilanz genehmigt, dem Vorstand aber wegen Unterschlagungen die Entlastung versagt werden und es braucht andrerseits die Anerkennung der Geschäftsführung und der Verzicht auf Regreßansprüche nicht beeinflußt zu werden durch Bemängelung der Bilanz, etwa wegen zu hoher oder zu niedriger Abschreibungen u. dergl. Die unten angeführte Entsch. des RG. vom 12. 7. 99 (44, 66 ff.) erklärt demgemäß auch ausdrücklich, die Frage nach der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Bilanz sei verschieden von der Frage nach Erteilung oder Nichterteilung der Entlastung. Die Entscheidung über das eine sei möglich ohne jene über das andere. Andrerseits aber könne die Dechargeerteilung nur erfolgen nach *sachlicher Prüfung* der Bilanz; werde jedoch die Verhandlung hierüber vertagt, so sei die Bilanz eben nicht geprüft und eine Entlastung in Bausch und Bogen unmöglich, nur über einzelne geprüfte Posten oder Konten könne eventuell Entlastung erteilt werden. Regelmäßig werde bei Vertagungen auch die Beschlußfassung über die Decharge auszusetzen sein.

Das Handelsrecht hat übrigens in der Regelung dieser Materie selbst Wandlungen durchgemacht, denen wir nochkurz nachzugehen haben.

Das HGB. bis zur Novelle von 1897[3]) kannte nämlich in Art. 239 a Abs. 3 die Bestimmung, daß bei Vertagungen infolge beanstandeter Bilanzsätze bezüglich der nicht bemängelten Posten die Entlastung als erfolgt gelten solle[4])[5]). War dadurch im älteren Recht ein wenn auch vielfach als unglücklich

---

[17]) Von Entscheidungen, die sich mit solchen Prozeßformalien beschäftigen, ist nur eine und auch diese ohne praktische Ergebnisse, bekannt geworden. RG. v. 8. 11. 95 in der JW. 24, 602, auch in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht 47, 113.

[18]) Wonach bei Verurteilung eines Schuldners zur Abgabe einer Willenserklärung mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben gilt.

[19]) Markus a. a. O. 41.

[1]) Die Denkschrift zum HGB. an den RT. (StenB. über die RTVerhandlungen Sess. 1895—97, Anlageband VI — Drucksachen), 3211 spricht allerdings von einem engsten Zusammenhang zwischen der Frage der Entlastung und der Prüfung und Genehmigung der Jahresbilanz. Makower § 260 Anm. 1a nimmt Selbständigkeit der drei Beschlüsse in § 260 Abs. 1 an, während Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien S. 8 jeden Zusammenhang leugnet. Wie Simon auch Hagen a. a. O. 363. Wenn Hagen aber sodann ein logisches Band zwischen der Vorlage des Geschäftsberichts und der Entlastung findet, so gibt er damit auch einen Zusammenhang zwischen Bilanzgenehmigung und Entlastung zu. denn Geschäftsbericht und Bilanz stehen jedenfalls in naher Abhängigkeit. Goldmann a. a. O. 1071 vertritt einen Zusammenhang im *Regel*fall. Vgl. auch RG. 44, 66 — JW. 1899, 675 = SeuffA. Bd. 55 Nr. 87 und die Entsch. des KG. in HoldheimsMSchr. 5, 138. Ferner RG. 22, 160 ff., auch JW. 1898, 609, ferner jetzt Staub 8. Aufl. § 264 Anm. 3.

[2]) Staub § 260 Anm. 4. Löwenfeld a. a. O. 455.

[3]) Vgl. die Bgr. zum Entwurf von 1883 in BuschsA. 44, 359 (dagegen Renaud in seiner Besprechung 45, 302 ders. Z.) Materialien zum HGB. von 1897 von Heymann 73.

[4]) Art. 64 des belgischen G. vom 22. 5. 86 sur les sociétés commerciales hatte zwar die Bestimmung, daß die Annahme der Bilanz als Decharge gelte, eine vom Verwaltungsrat beantragte Vertagung indessen machte alle gefaßten Beschlüsse nichtig. Rießer, Zur Revision des HGB. im Beilagenheft der ZHR. 33, 69.

[5]) Umgekehrt meint Rothnagel (a. a. O. 111), die Bilanzgenehmigung bilde den wesentlichsten Bestandteil des Entlastungsbeschlusses, was nicht richtig ist; übrigens modifiziert er seine Ansicht einige Zeilen später in dem eingangs behandelten Sinn.

gefaßt oder sogar als logisch anfechtbar bezeichneter[6]) Hinweis auf die Wechselbeziehungen jener Beschlüsse enthalten, so fehlt ein solcher, möglicherweise mit Absicht, in dem nunmehr an Stelle des Art. 239 a Abs. 3 getretenen § 264 Abs. 1 HGB. Das Gesetz schweigt sich jetzt ganz darüber aus, ob trotz Vertagung und Beanstandung der Bilanz eine Entlastung schlechthin geschehen kann. Jedenfalls liegt es nun aber in der Natur der Sache, daß die Entlastung eine reale Grundlage haben muß, mit anderen Worten, daß der Gesellschaft diejenigen Tatsachen unterbreitet werden müssen, die ihr ein Urteil über die zu fassende Dechargeentschließung ermöglichen. Das sind aber eben der Bilanzentwurf und der Geschäftsbericht als sichtbare Einkleidung der Tätigkeitsergebnisse des Verwalters. Vertagt also die Generalversammlung ihren Beschluß über die Bilanzgenehmigung bloß, um sich in der nächsten Sitzung einen neuen Gewinnverteilungsplan vorlegen zu lassen, so wird sie in der Hauptsache nichts gegen die Geschäftsführung des Vorstands zu erinnern haben und kann unbedenklich schon jetzt entlasten, wünscht sie dagegen Belege, Nachweise, eingehende Darstellungen z. B. über die allgemeine Kreditpolitik von Vorstand und Aufsichtsrat, so liegt darin ein gewisses Mißtrauensvotum, das logischer Weise eine Entlastung vor Erledigung der Beanstandungen ausschließt. (Vgl. auch die oben auszugsweise mitgeteilte Reichsgerichtsentscheidung.) Sollte eine Minderheit nach § 264 HGB. die Vertagung über die Bilanzgenehmigung verlangt, die dem Vorstand günstige Mehrheit demungeachtet einen Entlastungsbeschluß durchgesetzt haben, so wäre unseres Erachtens die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, diese Entlastung auch mit einer Anfechtungsklage gemäß § 271 HGB. anzugreifen; zwar nicht eine ausdrückliche Gesetzesnorm ist verletzt, wohl aber ein Grundsatz, der ebenso dem ganzen Gesetzessystem wie der allgemeinen Logik angehört und deshalb gerade so Gesetz ist wie andere ausdrücklich in Worte gefaßte Regeln. Gleiches wie für § 264 gilt natürlich auch für § 266 HGB.[7]) In den Darlegungen dieses Abschnittes ist auch die Antwort auf die Frage enthalten, ob die Zustimmung zum Dechargebeschluß auch die Bilanzgenehmigung einschließe, wie dies schon gelegentlich in Prozessen behauptet wurde[8]); die Frage wird im Prinzip verneint werden müssen.

Abzulehnen ist an dieser Stelle noch die etwaige analoge Anwendung einer Entsch. des RG. vom 13. 10. 94[9]) auf die hier in Rede stehenden Probleme. Jenes Urteil sprach nämlich aus, es könne jeder Generalversammlungsbeschluß, welcher den *Liquidatoren unter Verzicht auf die Schlußrechnung* Entlastung erteile, wegen Verstoßes gegen Art. 245 Abs. 4 des Allg. DHG. (jetzt abgeändert § 302 Abs. 1 HGB.) von einem nicht zustimmenden Aktionär gemäß Art. 190 a (jetzt § 271 HGB.) angefochten werden, da jedes Mitglied der Aktiengesellschaft ein vom Mehrheitswillen unabhängiges Recht darauf habe, sich ein Urteil über die Verwaltung der Liquidatoren zu bilden, um sich hiernach bei der Abstimmung in Betreff der Entlastung derselben zu richten. Da nun in der Generalversammlung von einer Aktionärmehrheit oftmals auf eine Vorlesung und Besprechung des Geschäftsberichts verzichtet wird,[10]) liegt es nahe, jene Reichsgerichtsentscheidung auch auf diesen Tatbestand zu übertragen und einzelnen Aktionären oder Minoritäten ein entsprechendes Anfechtungsrecht zu gewähren. Ohne weiteres Eingehen darauf, ob es sich hier tatsächlich um ein sogenanntes Sonderrecht der Aktionäre handelt, dessen Verletzung allerdingsmöglicherweise eine Anfechtung nach § 271 begründen könnte, wird doch der Ansicht beizutreten sein, daß ein Verzicht auf Rechenschaftsablage[11]) seitens der Mehrheit dann wirksam ist, wenn sich der Vorstand bereit erklärt hat, alle gewünschten Aufschlüsse zu geben. Dagegen dürfte eine Entlastung ungesetzlich und anfechtbar sein, wenn sich Vorstand und Aktionärmehrheit in unlauterer Absicht verbinden und die Unterdrückung von Tatsachen im Geschäftsbericht Hand in Hand geht mit einer rechtswidrigen Vergewaltigung der Minderheit.[12])

Wird man somit nicht umhin können, das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen der Entlastung und den sie in der Regel begleitenden Vorlagen an die Generalversammlung anzunehmen, so wäre nunmehr hier die Erörterung anzuschließen, inwiefern der Inhalt dieser Vorlagen Einfluß auf die daraufhin erteilte Entlastung auszuüben vermag, mit andern Worten, *was* sie enthalten müssen und *wie* das von ihnen Dargebotene gestaltet sein muß, um die Grundlage für eine volle Wirkung der Entlastung zu bilden. Meist pflegt man die in dieser Richtung zu stellenden Forderungen dahin

[6]) Staub in der 5. Aufl. seines Kommentars, Art. 239a Anm. 2c. Ring, Das Reichsgesetz betr. die Aktiengesellschaften usw. 2. Aufl. Art. 239a Anm. 7.

[7]) Übereinstimmend Staub § 264 Anm. 3

[8]) Z. B. bei RG. 22, 160.

[9]) 34, 57, auch zitiert in der ZHR. 47, 121.

[10]) Simon, Die Vertretung eigener und fremder Aktien in Generalversammlungen, Festgabe der Rechtsanwälte des Kammergerichts für A. Wilke 279 f. Vgl. auch Löwenfeld a. a. O. 329.

[11]) d. h. auf genaue ausführliche Darlegungen, Erläuterung des gedruckten Berichts u. s. w., denn nach §§ 260 Abs. 2, 319 Abs. 1 HGB muß der Vorstand die dort erwähnten Abschlüsse anfertigen.

[12]) Hierfür tritt unter Hinweis auf Staub anscheinend auch Rothnagel a. a. O. 112 ein. Ebenso Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften 21 ff. Zweifelhaft, ob auch Goldmann § 260 Anm. 1 Ziff. 8.

zu formulieren, daß nur ordnungsmäßige Vorlagen[13]) die Verwaltung wirksam entlasten könnten, ein Begriff, der in seiner Unbestimmtheit und Dehnbarkeit wenig geeignet erscheint, die vielen Möglichkeiten, nach denen sich gerade solche Geschäftsberichte gestalten lassen, so zu begrenzen, daß das Zulässige sich deutlich vom Unzulässigen scheidet. Es leuchtet aber ferner ein, wie eng sich die Frage nach der Beschaffenheit der Vorlagen mit jener nach der Tragweite der Entlastung berührt, denn letztere hängt ja unmittelbar mit ersterer zusammen, sie ist sogar streng genommen nur ein anderer Ausdruck für dasselbe Problem. Da nun die Tragweite der Entlastung in einem besonderen Teile behandelt werden soll, der damit gleichzeitig die materielle Ausführung und Ergänzung zu diesem Abschnitt bildet, genügt an dieser Stelle eine kurze Orientierung über das Formelle und Äußerliche der Sache. Hierbei sei zunächst als eigentlich selbstverständlich hervorgehoben, daß überhaupt eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie ein Geschäftsbericht vorhanden sein muß; darauf kann die Generalversammlung nicht verzichten, denn diese Jahresabschlüsse dienen gleichzeitig auch anderen, die Öffentlichkeit interessierenden Zwecken und können durch Ordnungsstrafen gemäß § 319 HGB. erzwungen werden[14]). Sodann aber müssen diese Aufstellungen auch dem entsprechen, was das Gesetz beispielsweise in §§ 40 ff., 261 ff., und ferner, was der allgemeine Handelsbrauch verlangt, also übersichtlich, nach den Regeln einer anerkannten Buchführung geordnet[15]), klar und verständlich abgefaßt und, soweit üblich oder notwendig, begründet sein. Das Nähere hierüber, ob z. B. gewisse Aufwendungen den Aktiven oder Passiven zuzurechnen sind, ob und wieweit die Bilanz in Einzelposten zu zerlegen sei, und andere solche Einzelheiten gehören nicht hierher, sondern in ein Lehrbuch oder in Abhandlungen über Bilanz- und Buchhaltungstechnik[16]). Mängel in diesen Dingen, die allgemein als solche betrachtet werden, haben die Wirkung, daß sie die Vorlagen jedenfalls von vornherein zu nicht ordnungsmäßigen stempeln, denen jede Bedeutung als Grundlage einer Entlastung dann abgeht, wenn nicht die Generalversammlung ausdrücklich sich mit ihnen als befriedigt erklärt. Die Ordnungs- und Strafgewalt der öffentlichen Behörden — auch die Steuerbehörden sind hierzu unter Umständen legitimiert — bleibt natürlich unbeeinträchtigt. Wenn im folgenden von Vorlagen usw. die Rede ist, so sind darunter also nur solche von formeller Korrektheit zu verstehen.

[13]) So die meisten Kommentare u. s. w., deren Nachweis hier unterbleiben kann, da sie durchgehends eine nähere Begründung, was hierunter zu verstehen sei, nicht geben.

[14]) Insofern kann der oben erwähnte Verzicht auf Rechenschaft nur die Bedeutung einer internen Entschließung haben, also einer Entbindung des Vorstands von sonst geschuldeten Mitteilungen u. s. w., wie bereits besprochen.

[15]) Über eine hierher gehörende Einzelfrage (lose Heftung und Registrierung von Konten anstatt Eintrag im festgebundenen Hauptbuch) vgl. neuerdings Crome, Geordnete und ordentliche Buchführung im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99, Heft 1 S. 131 ff.

[16]) Als größtes und neuestes Werk sei genannt Rehm, die Bilanzen der Aktiengesellschaften nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht. München, Schweizer, 1903, auch in Fachkreisen anerkannt z. B. im Aktionär 1903 Nr. 2906, S. 587.

§ 4.

Wirkungen der Erteilung und Verweigerung der Entlastung.

I. Die Wirkungen einer Versagung der Entlastung, die der Einfachheit halber zuerst behandelt werden sollen, sind schon oben bei Darlegung des Begriffs der Entlastung gestreift worden. Die Gesellschaft, die durch die Geschäfte des Vorstands unmittelbar Schuldnerin ihrer Gläubiger wird (§§ 231 Abs. 1, 235 Abs. 2 Satz 1), erklärt durch die Ablehnung einer befreienden Entlastung, daß sie von ihren Regreßansprüchen gegen den Vorstand, mögen sie aus einer Übertretung nach § 235 Abs. 1 HGB., aus strafbaren Handlungen wie Unterschlagungen oder aus vertretbaren geschäftlichen Mißerfolgen herrühren, Gebrauch zu machen gedenke, worauf sie mit einer Schadensersatzklage vorgehen kann; in der Regel wird auch die Entlassung der für schuldig gehaltenen Vorstandsmitglieder die Folge der Entlastungsverweigerung sein. Obgleich diese Kundgebung der Generalversammlung zunächst eine, wenn man so sagen darf, scheinbar nur deklarative Bedeutung hat, so nimmt sie mit dem Augenblick der Mitteilung an den Vorstand oder Aufsichtsrat diesen die Einrede des guten Glaubens, die sie vielleicht bei weiteren für die Gesellschaft nachteiligen Handlungen hätten vorschützen können, außerdem bildet sie aber auch meistens die Einleitung und die Voraussetzung für einen eventuellen späteren Prozeß. Auf das äußere Verhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und Dritten bleibt die Versagung der Decharge natürlich ohne jede Wirkung, wie sich schon aus der ganzen Systematik des Rechtsverhältnisses und für bestimmte Fälle auch aus der positiven Vorschrift des § 241 Abs. 4 und § 249 Abs. 3 HGB. ergibt. Die auf Grund eines die Entlastung verweigernden Beschlusses ausdrücklich für bestehend erklärte Haftbarkeit dauert, sofern nicht die Sachlage durch einen Prozeß sich ändert, fünf Jahre (§§ 241 Abs. 5, 249 Abs. 4 HGB.), die aber nicht vom Zeitpunkt jenes Beschlusses, sondern von der Vornahme der beanstandeten Handlung an zu rechnen sein werden.[1]) Die Beendigung dieses Zustandes durch spätere Entlastung sowie die sonstigen Rechts-

[1]) Staub § 241 Anm. 18 und die dortige Literatur; Lehmann-Ring § 241 Anm. 11.

beziehungen verschiedener Art finden im nachstehenden ihre Darstellung.

II. Die Wirkungen der Entlastungsgewährung.

1. Die Rechtslage bis zur Entschließung über die Entlastung ist eine eigentümliche, eine Art Schwebezustand, während dessen es unter Umständen unmöglich sein kann, zu sagen, ob Regreßansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat bestehen oder nicht; erst das im voraus nicht berechenbare Votum der Generalversammlung läßt erkennen, inwieweit Regreßansprüche bestehen, die jetzt getilgt oder hervorgehoben werden, inwieweit Handlungen der Gesellschaftsorgane als ungeeignet und regreßpflichtig bezeichnet werden und endlich, welche an und für sich bestehenden Forderungen gegen die Verwaltung gar nicht zu einem richtigen Aufleben kommen und nicht in Erscheinung treten, weil die Generalversammlung, ohne sie zu erwähnen oder als solche zu bezeichnen, die Entlastung ausspricht. Vorausgesetzt ist natürlich stets eine vorgängige Geschäftshandlung der Verwaltungsorgane, die verschiedener Beurteilung hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit fähig ist. Ein solcher Ungewißheitszustand kommt im bürgerlichen Rechte fast nirgends vor und hat unseres Wissens auch keine technische Bezeichnung erhalten; Vergleiche mit den sog. negotia claudicantia treffen natürlich hier nicht zu, da von einer Genehmigung seitens der Generalversammlung nicht die Rede sein kann.

2. Die sachliche Wirkung der Entlastung läßt sich vielmehr, wie bereits eingangs geschehen, nur als eine im Innern der Gesellschaft sich abspielende endgültige Übernahme sämtlicher nach Außen bestehender Verpflichtungen auf das Gesellschaftsvermögen kennzeichnen, wobei der Vorstand aus seiner bis dahin bestehenden persönlichen Haftbarkeit[2]) entlassen wird. Eine nachträgliche Heranziehung zum Ersatz, wenn etwa ein Geschäft späterhin sich als schadenbringend erweist, ist im Normalfall ausgeschlossen.[3]) Wenn übrigens soeben gesagt wurde, daß alle diese Vorgänge interne Gesellschaftsangelegenheiten seien, so trifft dies auch im Prinzip zu; nur an einer bezw. zwei Stellen durchbricht das Gesetz seine ganze sonst eingehaltene Systematik: wir meinen die bereits angezogenen §§ 241 Abs. 4 und 249 Abs. 3 HGB., bei denen praktische Bedürfnisse zu Zugeständnissen an die Gläubiger auf Kosten folgerichtiger Durchführung des Grundgedankens nötigten. Obgleich demnach Gesellschaftsorgane und Gesellschaftsgläubiger sonst niemals in direkte Beziehungen treten,[4]) können in dem eben genannten Ausnahmefall die von der Gesellschaft nicht befriedigten Gläubiger ihre auf § 241 Abs. 3 beruhenden Forderungen selbständig gegen den Vorstand und Aufsichtsrat (§ 249 Abs. 3) geltend machen. Wenn nun die Begründung des Gesetzes aber hervorhebt, daß es sich dabei nur um die Wahrnehmung eines internen Gesellschaftsanspruches handle,[5]) so bedeutet es einen Verstoß gegen die Logik, zum mindestens aber gegen die Billigkeit, daß weder ein Verzicht der Gesellschaft, z. B. also die Entlastung, noch die Berufung auf einen ausdrücklichen Generalversammlungsbeschluß, dem sich doch der Vorstand bei Verlust seiner Stellung fügen muß, einen Einfluß auf den Bestand der Gläubigeransprüche auszuüben vermag[6]), wie dies im Gesetz (§ 241 Abs. 4 Satz 2) ausgesprochen wird. Der theoretischen Konstruktion hat dieser Notbehelf der Praxis überhaupt Schwierigkeiten bereitet. Man behauptete früher[7]), die Gesellschaft gebe bei einem Verzicht nur die „Ausübung" des Ersatzanspruchs auf, also ihre actio, die Verbindlichkeit selbst bestehe als eine Art naturalis obligatio weiter und könne als solche von den Gläubigern geltend gemacht werden; auch eine cessio legis[8]) wurde schon zur Erklärung herangezogen. Allen diesen mehr oder weniger angreifbaren Versuchen gegenüber scheint die schon anderwärts[9]) aufgestellte Anschauung den Vorzug zu verdienen, daß von den Gläubigern nicht der Gesellschaftsanspruch, sondern ein eigener ihnen kraft Gesetzes gegebener Anspruch erhoben wird, der nur dem Umfang nach jenem gleich ist. Trotzdem befriedigt auch dieser Ausweg, nicht in letzter Linie mit Rücksicht auf die Fassung des Gesetzes, nur unvollkommen und auch die subsidiäre Abhängigkeit des Gläubigerrechtes von der Vorausklage und Vollstreckung gegen das Gesellschaftsvermögen kann Anlaß zu materiellrechtlichen wie

[2]) Gleichviel, welches der Entstehungsgrund war. RG. 39, 246; 36, 27; ROHG. 19, 180. Makower § 241 Anm. 4a, b; Staub § 260 Anm. 11.

[3]) Vgl. die wohl eine analoge Anwendung zulassende Entsch. des RG. 38, 336 f. — JW. 1897, 100.

[4]) Hinsichtlich der früheren Kontroverse über die Verantwortlichkeit der Organe nur der Gesellschaft gegenüber oder auch einer eventuellen gegen die Gläubiger vgl. für erstere Ansicht Endemann, Handelsrecht 3. Aufl. S. 284; v. Hahn, Komm. S. 662; Keyßner, Komm. zu Art. 241; dagegegen Anschütz und Völderndorff, Komm. 2, 533; Puchelt, Komm. 1, 490; Koch, Komm., Art. 241 Anm. 129; Renaud, das Recht der Aktiengesellschaften § 64. Bekker in der ZHR. 17, 441 ff.; Löwenfeld a. a. O. S. 242 ff.

[5]) In Heymanns Materialien S. 226.

[6]) Schon im Entwurf getadelt von Ring, Zu dem Entwurf eines neuen Aktiengesetzes in BuschsA. für Theorie und Praxis des Handels- u. Wechselrechts 45, 121.

[7]) Ring, Kommentar zum Aktiengesetz Art. 226 Abs. 3.

[8]) So anscheinend Tscharmann, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften, Leipz. Jn. Diss. 42 und wohl auch die von ihm genannten Autoren.

[9]) So z. B. Gumprecht, über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Leipz. Jn. Diss. 44 f. und wohl auch die herrschende Meinung, vgl. Staub § 241 Anm. 14, 15, 22.

prozessualen Schwierigkeiten bieten. Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts, die einer Vergleichung fähig wären, fehlen; allenfalls ließe sich die Haftung des Staats für seine Beamten gegenüber Dritten theoretisch so gestalten, daß der Staat in erster Linie die Ersatzpflicht übernähme, während bei der Ablehnung einer solchen der Dritte einen unmittelbaren Anspruch gegen den schuldigen Beamten erhielte, eine Regelung, wie sie aber ihrer schweren praktischen Bedenken halber ja wohl nirgends getroffen ist oder getroffen werden wird.[10])

3. Die Wirkung der Entlastung in zeitlicher Beziehung. Die in der jährlich (§ 260 Abs. 2 HGB.) zu berufenden Generalversammlung erteilte Entlastung erstreckt sich naturgemäß zunächst nur auf die Vorfälle des verflossenen Geschäftsjahres, denn hierüber gibt der Rechenschaftsbericht Aufschluß und die Bilanz das zahlenmäßige Ergebnis. Insofern die Generalversammlung Jahr für Jahr volle Kenntnis und eingehende Aufklärung über die Lage und die Verhältnisse der Gesellschaft erhält, besteht kein Anlaß zu weiteren Ausführungen. Sollte jedoch der Fall eingetreten sein — und er kommt wohl häufig genug vor — daß die Generalversammlung über irgend welche erheblichere Vorgänge einer Geschäftsperiode absichtlich in Unkenntnis gehalten wurde oder aus einem andern Grunde jedenfalls keine Kenntnis davon bekam, so wird die Frage aufzuwerfen sein, ob etwa die der ersten anfechtbaren Entlastung folgenden späteren Dechargen befreiend zurückwirken und die ursprüngliche Anfechtbarkeit wieder beseitigen können. Diese Einwendung ist in Prozessen nicht selten. Um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, muß man sich zunächst über verschiedenes klar werden: Einmal erstreckt sich die Tragweite der Entlastung unter gewissen Voraussetzungen auch auf Dinge, die der Generalversammlung unbekannt blieben, wie dies im zweiten Teil nachgewiesen werden soll; liegt dieser Fall tatsächlich vor, dann ist natürlich schon die erste Decharge gültig und die späteren ebenso. Gesetzt aber, die erste Entlastung sei anfechtbar, z. B. wegen arglistiger Täuschung, Unterschlagungen usw., in einem der folgenden Geschäftsberichte wird jedoch die Sache aufgedeckt und die Generalversammlung gewährt nunmehr eine Entlastung, so wirkt diese auf alle früheren zurück und heilt deren rechtliche Mängel. Das ist aber nicht der Kernpunkt des Problems. Dieser kommt zur Erscheinung bei Vorhandensein einer Tatsache, die objektiv eine, — die erste — Entlastung ungültig macht, es ist ferner nötig, daß nunmehr eine oder mehrere Entlastungen folgen, die ohne Kenntnis jener Tatsache, aber sonst unanfechtbar geschehen, während endlich eine Decharge verweigert wird, weil die Generalversammlung jetzt von der früheren Unterdrückung erfahren hat und lediglich deshalb, nicht etwa wegen anderer, neuer Gründe die Entlastung versagt. Wie ist hier die Sachlage zu beurteilen?

Es handelt sich sogar um drei Möglichkeiten: Entweder bleibt ein Entlastungsbeschluß innerhalb der Verjährungsfrist immer im Zustand der Anfechtbarkeit bis zur speziellen, ausdrücklichen Gutheißung, oder die späteren, an sich gültigen Dechargen heilen eo ipso früheren Mängel, oder aber es werden umgekehrt alle folgenden Entlastungen von der Anfechtbarkeit der ersten ergriffen, weil sie diese irrtümlich als gültig ansahen. Die Frage läßt sich vielleicht leicht folgendermaßen beantworten: Die späteren Entlastungen sind imstande, die Mängel einer früheren zu heilen, wenn die den Mangel erzeugende Tatsache, zwar nicht notwendig in ihrer eigentlichen Gestalt, wohl aber in ihren Konsequenzen, namentlich also in ihrer finanziellen Wirkung, in den für die späteren Entlastungen maßgebenden Vorlagen zu einem logisch und technisch gleichwertigen Ausdruck kommt und in dieser Form Entlastung findet. Ein Beispiel möge diesen etwas dunkel scheinenden Satz erläutern. Durch Veruntreuungen oder gewagte Spekulationen haben der Vorstand einer Bankaktiengesellschaft, durch leichtgläubige Akzeptierung eines unerprobten Patents[11]) die Direktion eines Fabrikunternehmens auf Aktien ihrer Gesellschaft großen Schaden gebracht, den sie in ihren Berichten verschweigen; die Decharge wird infolgedessen erteilt. Diese Entlastung wäre ohne weiteres anfechtbar, wenn die Gesellschaft alsbald Kenntnis erhielte. Bestrebt aber nun, die Sache wieder in Ordnung zu bringen, stellen die beiden Vorstände mehrere Jahre hindurch solange kleinere Passivposten in die Bücher ein, bis der ganze ursprüngliche Betrag rechnerisch getilgt ist, und zwar vielleicht in der Rubrik unvorhergesehene Abgänge oder ersterer unter dem Titel von Kursverlusten, der andere als Ausgabe für neue Fabrikationsversuche u. ähnl. Die Generalversammlung nimmt dies zur Kenntnis ohne Wunsch nach weiterer Aufklärung und entlastet; unseres Erachtens ist mit der letzten Teilsumme auch das ursprüngliche Manko der ersten Bilanz verschwunden und die Anfechtbarkeit der Entlastung geheilt. Für die formale, von obigen materiellen Erwägungen absehende Konstruktion wäre somit gemäß § 144 Abs. 1 BGB. eine Art stillschweigender Bestätigung der früheren anfechtbaren Entlastung, die ja nach § 144 Abs. 2 nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf, anzunehmen. Nur Anfechtbarkeit, keine Nichtigkeit (§ 142 Abs. 1 BGB.) besteht, weil ja eine An-

[10]) Vgl. die einzelnen Landesgesetze zu Art. 77 des Einführungsgesetzes zum BGB.

[11]) Vgl. das bekannte Urteil des RG. vom 3. 5. 02, auf das wir noch öfter zurückzukommen haben.

fechtung tatsächlich nicht erfolgte. Anders dagegen, wenn eine solche teilweise Indemnitätseinholung unterbleibt oder die erwähnten Verluste unter Bilanzposten versteckt werden, die ihrem Charakter nach diese Unterstellung überhaupt nicht ahnen lassen, z. B. wenn die Einnahmen niedriger angegeben wurden, als sie waren; hier muß die Haftung und die Anfechtbarkeit der ersten Decharge so lange bestehen, bis sie nach allgemeinen Grundsätzen erlischt. Dagegen wird man hinsichtlich der Frage, ob eine Entlastung, die an sich anfechtbar wäre, ohne aber angefochten zu werden, die Entlastungen der folgenden Jahre beeinträchtigt, diese späteren Entlastungen insoweit als unantastbar zu betrachten haben, als sie ohne Beziehungen zu den betreffenden früheren Vorgängen sind. Es ist kaum anzunehmen, daß diesen Darlegungen zum Vorwurf gemacht werden sollte, als befürworteten sie eine bedenkliche Annäherung an strafbare Bilanzverschleierung; es wird sich aber außerdem Gelegenheit bieten, den hier eingenommenen Standpunkt noch ausführlicher zu erläutern und zu rechtfertigen.

Im Zusammenhang dieses Abschnitts wäre noch zweier mit der handelsrechtlichen abgekürzten Verjährungsfrist der §§ 241 Abs. 5 und 249 Abs. 4 zusammenhängender Kollisionsmöglichkeiten Erwähnung zu tun. Angenommen nämlich, es fänden neben §§ 241 und 249 noch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung (§§ 812 und 823 BGB.) Anwendung, so könnte die Generalversammlung, wenn sie infolge fortwährender Vertuschung der Verwaltungsorgane erst *nach* fünf Jahren[12]) von deren Obliegenheitsverletzungen erfährt, mindestens noch gemäß § 852 BGB. zu einem Ersatz gelangen; dort ist bestimmt, daß der Anspruch auf Ersatz eines Schadens aus unerlaubter Handlung erst drei Jahre nach erlangter Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen, längstens jedoch in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an seitens des Berechtigten geltend gemacht werden kann bezw. muß. Dieser Weg scheint uns jedoch nicht gangbar, obschon die Gefahr einer unverfolgbaren Hintergehung der Gesellschaft zu einer derartigen Interpretation verleiten möchte, denn die handelsrechtliche Frist, von einer lex specialis angeordnet, muß wohl der bürgerlichrechtlichen vorgehen. Offenbar wünscht das HGB. selbst eine möglichst rasche Erledigung derartiger Ansprüche, entsprechend dem schnellen Umlauf der Aktien und dem steten Wechsel der beteiligten Personen, sonst hätte es doch vermutlich besondere Normen für solche Falle erlassen.

Ähnliche Zweifel müssen sich ergeben, wenn die Generalversammlung *nach Ablauf der fünf Jahre* eines früheren Irrtums oder einer arglistigen Täuschung seitens der Verwaltung gewahr wird und nun als Grundlage einer anzustellenden Schadensersatzklage ihre frühere Entlastung, sofern sie nicht durch spätere gedeckt sein sollte, nach BGB. §§ 119 und 123 anfechten will.[13]) Verharrt man auf dem Standpunkt, der oben für §§ 812 und 823 eingenommen wurde, wonach also trotz der angefochtenen und somit nichtigen Entlastung ein tatsächlicher Schadensersatz auf Grund der §§ 812, 823 BGB. *nicht* mehr zu erzwingen wäre, so bleibe es praktisch bedeutungslos, auch nach fünf Jahren noch eine Anfechtung nach §§ 119 und 123 zuzulassen; es scheint deshalb angemessener, den Verjährungsbestimmungen der §§ 241 Abs. 5 und 249 Abs. 4 schlechthin die Bedeutung eines absoluten Abschneidens späterer Ansprüche zuzuschreiben[14]) und auch eine Anfechtung nicht mehr zu gestatten.

4. Die Wirkung der Entlastung mit Rücksicht auf *die beteiligten Personen*. Während heute im Gegensatz zum früheren Recht[15]) der ausdrückliche Ausspruch des Gesetzes (§ 260 Abs. 1 HGB.) jeden Zweifel darüber beseitigt hat, daß die Generalversammlung allein zur Erteilung und Verweigerung der Entlastung zuständig ist,[16]) welche Befugnis sie auch nicht auf andere Organe oder Einzelpersonen übertragen darf,[17]) so haben sich andererseits wieder Streitfragen herausgebildet über die Auslegung des § 252 Abs. 3 Satz 1 HGB. sowie darüber, ob eine Entlastung nur dem Organ als solchem oder dessen einzelnen Mitgliedern zu erteilen sei. Was den Fall des § 252 Abs. 3 Satz 1 anbelangt, wonach derjenige kein Stimmrecht hat und ein solches auch nicht für andere ausüben darf, der durch eine Beschlußfassung entlastet oder von einer Verpflichtung befreit werden soll, so wäre ja wenigstens theoretisch die Möglichkeit denkbar, einem wider diesen Satz zustandegekommenen Entlastungsbeschluß alle und jede Wirkung zu versagen

[12]) Deren Beginn nach § 198 BGB. mit der Handlung zusammenfällt. Vgl. RG. 29, 28.

[13]) Über die Rechtsmittel nach Erteilung der Entlastung im Zusammenhang vgl. weiter unten. Notwendig wird dieser Weg zwar nicht unter allen Umständen sein, es kann wohl auch ohne vorherige Anfechtung auf Schadensersatz geklagt werden, wobei dem Vorstand die Einrede der Decharge unbenommen bleibt. Ersatzklage und Anfechtung lassen sich auch verbinden.

[14]) Dies scheint auch die herrschende Meinung zu sein, vgl. Staub § 241 Anm. 18; Lehmann-Ring Anm. 11; Goldmann 1, S. 119—126; Cosack, Lehrb. des Handelsrechts 680; Pinner 160 ff.; Hagen a. a. O. 361. RG. 39, 52; 29, 28.

[15]) ROHG. 20, 222.

[16]) Makower § 260 Anm. 4 c; Gareis § 260 Anm. 5. Materialien bei Heymann 71 (Denkschr. zum Reichstagsentwurf); Lehmann-Ring § 260 Anm. 1. RG. bei Bolze 9, 217; Entsch. in Zivilsachen 32, 95; 13, 25.

[17]) Gareis § 260 Anm. 5; Entsch. des OLG. Dresden vom 30. 11. 1885 in der ZHR. 35, 243 und des KG. in JohowsJ. 14, 19 ff., auch in der ZHR. 47, 107.

und ihn auch nicht durch Unterlassung einer Anfechtung rechtswirksam werden zu lassen. Das dürfte aber schon dem Wortlaut des Gesetzes nicht entsprechen, denn dieses sagt nur, wer entlastet werden soll, hat kein Stimmrecht, d. h. dessen Stimme wird nicht gezählt. Doktrin und Praxis vertreten auch, soweit zu sehen, übereinstimmend den Standpunkt, daß es sich hierbei nur um ein verzichtbares Aktionärrecht, nicht um eine zwingende Gesetzesnorm handle; ein unter Verletzung des § 252 Abs. 3 Satz 1 gefaßter Beschluß wäre zwar anfechtbar, wird aber beim Unterlassen eines solchen Vorgehens giltig.[18]) Ähnliche Grundsätze, auch hinsichtlich des Stimmrechts bei Genossenschaften, haben die Gerichte in neueren Entscheidungen stets konsequent durchgeführt.[19])

Die zweite Frage, ob nur einem Organ als solchem oder den einzelnen Mitgliedern die Entlastung zu gewähren bezw. zu versagen sei, hat zwar bis jetzt keine einheitliche Beantwortung erfahren, indessen ist die Differenz der Meinungen keine allzugroße und im praktischen Endergebnis laufen die verschiedenen Wege doch wieder zusammen. Nach dem Gesetz (§ 260 Abs. 1 HGB.) beschließt die Generalversammlung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats, also des Organs als solchen; da aber ein Ersatzanspruch gegen das Rechtsgebilde des Organs niemals praktisch durchführbar ist, sondern nur gegen physische Personen, so besagt § 260 Abs. 1 nichts anderes, als daß eben die Gesamthaftung aller Mitglieder jener Organe ausgelöst sei (§§ 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 HGB.). Staub[20]) erklärt nun unter Bezugnahme auf ein älteres Urteil des ROHG.[21]), die Entlastung könne einzelnen Beteiligten erteilt, anderen verweigert werden, und die gleiche Ansicht vertreten auch sonstige Kommentare.[22]) Demgegenüber ist von anderer Seite, namentlich von Goldemann[23]) auf ein neueres Urteil des RG.[24]) hingewiesen worden, das sich hierüber folgendermaßen ausläßt: Bei dem Beschluß über die Entlastung handle es sich nicht um eine Entschließung darüber, ob anzuerkennen sei, daß gegen dieses oder jenes Organsmitglied kein Anspruch wegen einer Pflichtverletzung bestehe, sondern darum, ob die durch die Vorlagen vor Augen geführte Verwaltungstätigkeit überhaupt, die in dem verflossenen Geschäftsjahr entfaltete Wirksamkeit der beiden durch die Vorlagen Rechenschaft ablegenden Organe der Gesellschaft für einwandsfrei erklärt werden solle oder nicht. Dieser Fassung läßt sich ja nun allerdings zustimmen, nicht aber andererseits der Deduktion Löbs,[25]) der hauptsächlich aus dem Wortlaut des § 249 HGB. den Schluß ziehen will, es könnten auch bloß einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats z. B. wegen Kenntnis bestimmter Umstände oder weil sie zu Revisoren und dergl. delegiert waren, haften. Trotz Hervorhebung obiger RGEntsch. fügt nun aber Goldmann selbst in unmittelbarem Anschluß bei, ein Vorbehalt für ein oder mehrere Organsmitglieder bei Erteilung oder Verweigerung der Entlastung sei ebenfalls zulässig, gleichzeitig nimmt er auf die ältere Entsch. des ROHG. 20, 222 Bezug. Theoretisch herrscht somit keineswegs Klarheit und Übereinstimmung über die Frage. Ein Ausweg scheint sich nun damit darzubieten, daß man zwischen der Entlastungsbeschlußfassung und der späteren eventuellen Geltendmachung der Regreßansprüche im Prozeß einen Unterschied macht. Die Entlastung selbst kann also hiernach nur dem Organ als solchem gewährt oder versagt werden; im letzteren Falle ist entsprechend der früheren Auffassung jedoch nur die deklarative Grundlage geschaffen, eine materielle Anspruchsvoraussetzung, nach welcher sodann das Schadensersatzverfahren gegen diejenigen Mitglieder, also gegen einzelne physische Personen, aufgenommen werden kann, die tatsächlich ihre Obliegenheiten verletzt haben. Die freiwillige oder zwangsweise Erfüllung durch einen dieser Gesamtschuldner (§§ 241 Abs. 2, 249 Abs. 2 HGB.) wirkt befreiend nicht nur für die übrigen Mitbeklagten (§ 422 BGB.), sondern überhaupt für sämtliche Mitglieder des in Anspruch genommenen Organs, denen es überlassen bleibt, sich mit Rücksicht auf ihre frühere interne Geschäftsverteilung und den Grad ihres Verschuldens[26])

[18]) Makower § 252 Anm. 5 b; Staub Anm. 4, 6, 13; Lehmann-Ring Anm. 8 (in Einzelheiten mit geringen Abweichungen von Staub); Goldmann. Anm. 3 Ziff. 21—23; Esser Anm. 7. (Über weitere Folgerungen aus diesem Prinzip vgl. auch Makower § 250 Anm. 5 a, 6). RG. 22, 240, ferner vom 9. 1. 97 in JW. 1897, 113 und in Holdheims MSchr. 1897, 121, ebenso JW. 1898, 609; OLG. Köln vom 22. 12. 02 in Holdheims MSchr. 12 (03), 214, bestätigt vom RG. am 6. 6. 03 im „Recht" 04, 23. — Entsch. in Zivilsachen 55, 75. — Holdheim 12, 279. Über Geschäftsordnungen betreffs solcher Punkte RG. 36, 26; wegen Bestrafung der Teilnahme von Nichtaktionären als Betrug vgl. KommB. der 18. Kommission des RT, Druckf. Nr. 735, 98 f.

[19]) Beschluß des OLG. Rostock v. 23. 6. 04 in der ZHR. 05, 574.

[20]) Komm. 6. u. 7. Aufl. § 260 Anm. 6. In der 8. Aufl. Anm. 10 ist diese Ansicht festgehalten.

[21]) ROHG. 20, 222.

[22]) Lehmann-Ring § 260 Anm. 5; Makower § 241 Anm. 2 c. Löb, das Institut des Aufsichtsrats, seine Stellung und Bedeutung im deutschen Aktienrecht usw. in den J. für Nationalökonomie und Statistik 3. Folge 23, 10. Ber. der RTKommission über den Entwurf des HGB. a. a. O. 80. Vgl. ferner Pinner in der DJZ. 03, 470, Gareis ebenda 04, 578. Hiermit übereinstimmend auch OLG. Köln bei Holdheim 12, 214.

[23]) Komm. 2, § 252 Anm. 3 Ziff. 22 und § 260 Anm. 1 Ziff. 7.

[24]) 55, 76 f.

[25]) a. a. O. 10.

[26]) Vgl. den in § 425 Abs. 1 und 2 BGB. enthaltenen Grundsatz.

unter einander abzufinden. Man kann übrigens die Probe darauf, wie die Anwendung der verschiedenen Grundsätze wirkt, an einem Beispiel machen, das in der Praxis nicht so sehr selten vorkommt und auch in die Kategorie der persönlichen Entlastungswirkungen gehört, denen dieser Abschnitt gewidmet ist. Angenommen, der Vorstand einer Aktiengesellschaft macht sich irgendwie haftbar, sodaß ihm die Entlastung mit Recht verweigert werden könnte. Die Generalversammlung erfährt jedoch vorerst nichts davon, sondern entlastet anstandslos; später scheiden einige der schuldigen Vorstandsmitglieder auf gütlichem Wege aus und erst nach einiger Zeit erlangt die Generalversammlung, sei es mit oder ohne Zutun des nunmehrigen Vorstands, von den früheren Verfehlungen Kenntnis. Ist es nun nötig, dem ganzen Vorstand in seiner neuen Zusammensetzung die Entlastung zu verweigern, wenn die Generalversammlung beabsichtigt, gegen die seither noch im Vorstand verbliebenen früheren Mitglieder vorzugehen? Die oben vertretene Ansicht, daß die Erklärung der Generalversammlung das ganze Organ trifft, würde allerdings diese Maßregel erfordern. Es kann dann allerdings der Fall eintreten, daß die neuen, an den einstigen Verstößen unbeteiligten Personen im Vorstand ungerechtfertigter Weise unter einem solchen Mißtrauensvotum leiden, wogegen eine teilweise Entlastung, wie sie sonst meist für zulässig gehalten wird, hier aber im Prinzip abgelehnt ist, solche Folgen nicht haben würde[27]). Somit läßt sich der Auffassung des ROHG. bezüglich der Teilwirkung der Entlastung eine gewisse Berechtigung nicht absprechen. Allein praktisch kommt es auf das Prinzip auch nicht allzusehr an, denn die Durchführung der Ersatzansprüche mittelst Urteil und Vollstreckung geht eben immer nur gegen die Einzelpersonen.

Wird dem ganzen jetzigen Vorstand wegen der in früheren Jahren vorgekommenen Dinge die Entlastung verweigert, um — in Anwendung des hier angenommenen Prinzips — die noch vorhandenen Vorstandsmitglieder fassen zu können, so haften, wenn die Gründe unter Ziff. 3 dieses Paragraphen für die eventuelle Rückwirkung späterer Entlastungsverweigerungen vorliegen, auch die seither ausgetretenen Mitglieder des schuldigen Vorstands zusammen mit ihren noch im Amt befindlichen Genossen.

§ 5.

Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses.

Einer näheren Ausführung bedarf noch die am Schluß von Ziffer 3 des vorhergehenden Paragraphen im Zusammenhang mit der Verjährung gestreifte Frage nach der Anfechtungsmöglichkeit einer Entlastung gemäß §§ 119, 123 BGB., wobei zu bemerken ist, daß die Prüfung der materiellen Voraussetzungen einer Anfechtung späteren Darlegungen vorbehalten bleibt. Ist also die Generalversammlung einem Irrtum oder einer Täuschung objektiv unterlegen, so scheint dem Gebrauch der genannten Rechtsmittel unter Anwendung der allgemein gültigen Grundsätze nichts im Wege zu stehen; die Möglichkeit eines körperschaftlichen Irrtums wird nicht bestritten.[1]) Diese nächstliegende Auffassung findet auch im allgemeinen Billigung.[2]) Dagegen konstruieren Staub[3]) und andere[4]) das Angriffsrecht der Generalversammlung auf hiervon etwas abweichender Grundlage. Staub sagt nämlich, die erteilte Entlastung sei insoweit unwirksam, als wesentliche Tatsachen nicht erwähnt seien, weil dieselbe sich nach Treu und Glauben im Handelsverkehr auf solche erwähnungsbedürftige, verschwiegene Vorgänge überhaupt nicht bezogen habe, und es liege schon aus diesem Grunde nicht etwa bloß Anfechtbarkeit nach §§ 119 und 123 BGB. vor. Leider ist nicht ausgeführt, worin der Hauptunterschied zwischen dieser „Unwirksamkeit" und der „bloßen" Anfechtbarkeit, die doch nach § 142 BGB. zur vollständigen Nichtigkeit werden kann, bestehen soll, denn eine Erklärung der Generalversammlung, daß sie einen früheren Entlastungsbeschluß als unwirksam ansehe, wird doch auch für Staubs Konstruktion nötig fallen, sollte diese Willenserklärung auch nur unausgesprochen in der Erhebung einer Schadensersatzklage zu finden sein. Ein praktischer Vorzug der Staub'schen Auffassung würde nun zwar vielleicht darin liegen, daß die Geltendmachung der Unwirksamkeit nur durch die reguläre Verjährung begrenzt wird, während bei einer Anfechtung nach §§ 119 und 123 BGB. der Wille der Generalversammlung unverzüglich (§ 121) oder binnen Jahresfrist (§ 124 BGB.) zum Ausdruck gebracht werden muß. Es trifft deshalb, wenigstens für diesen Punkt, auch nicht ganz zu, wenn Hagen[5]) meint, es laufe im Ergebnis auf dasselbe hinaus, ob man die Wirkung der Entlastung von vornherein und grundsätzlich auf den Umfang des Geschäftsberichts

[27]) Dies hebt z. B. auch Pinner, Entlastung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, DJZ. 03, 470 hervor.

[1]) RG. 30, 203.

[2]) So Makower § 260 Anm. 4c; Lehmann-Ring Anm. 5, anders Pinner Anm. 9. RG. 18, 63. Ebenso für die Bilanz ROHG. 22, 279 und neuerdings RG. vom 28. 11. 02 in der Jur. Ztschr. für das Reichsland Elsaß-Lothringen 28, 550, auch in der JW. 1903 S. 28.

[3]) Kommentar § 260 Anm. 12.

[4]) So wenigstens anscheinend Adolf Endemann, Die Pflicht der Gesellschaftsorgane, bei wichtigen Angelegenheiten die Generalversammlung zu berufen, in Holdheims MSchr. 12, 200. Wie Staub und unter Berufung auf ROHG. 22, 277 ff., aber ebenfalls ohne Begründung Felix Mayer, Über den Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften in der Allgem. österreich. Gerichtszeitung 51, 416.

[5]) a. a. O. S. 362 und 364.

beschränken oder aber aus der Mangelhaftigkeit des letzteren eine Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses wegen Irrtum oder Arglist rechtfertigen wolle. Ein anderer Grund, sich die Meinung Staubs zu eigen zu machen, könnte weiterhin darin erblickt werden, daß diese Teilwirksamkeit der Entlastung eine Befreiung der Verwaltungsorgane für ihre sonstigen Geschäftshandlungen nicht hindert, was ja wohl auch der Billigkeit entspricht, während die Anfechtung der anfechtbaren Entlastung dieses Rechtsgeschäft — wie man aus § 139 BGB. zu schließen geneigt sein möchte — seinem ganzen Umfang nach von Anfang an nichtig macht (§ 142 Abs. 1 BGB.). Indessen vertritt ein großer Teil der Ausleger des BGB.[6]) die Ansicht, es sei ganz dem Willen des Anfechtenden überlassen, ob er die Anfechtung auf den ganzen Umfang des fraglichen Rechtsgeschäfts erstrecken oder auf einen Teil desselben beschränken wolle. Damit wäre also auch für die hier und in der Literatur überwiegend vertretene Anschauung von der Anwendbarkeit des § 119 ff. die Möglichkeit gegeben, ohne Zuhilfenahme des Begriffs der „Unwirksamkeit" den zweifellos begründeten Forderungen der Praxis und den Geboten von Treu und Glauben nachzukommen, die die fortdauernde Gültigkeit der von der Anfechtung nicht unmittelbar betroffenen Handlungen verlangen. Es sei hier an den Inhalt des vorhergehenden Paragraphen erinnert (Ziffer 4), wonach es trotz theoretischer Ablehnung ebenfalls als praktisch wünschenswert bezeichnet wurde, daß die Entlastung auch nur einem Teil der Organsmitglieder erteilt oder verweigert werden könne, je nachdem dieser Teil unmittelbar verantwortlich zu machen ist. Sollte übrigens der Entlastungsbeschluß schon in der betreffenden Generalversammlung wegen formeller Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag Widerspruch erfahren haben, so ergäbe sich in diesem Zusammenhang noch ein weiterer Anwendungsfall des § 271 HGB., indem anerkannt ist, daß mit der Anfechtungsklage gemäß § 271 auch gleichzeitig andere materielle Mängel, wie z. B. arglistige Täuschung, geltend gemacht werden können.[7]) Allerdings sind die Fristen verschieden, nach § 271 Abs. 2 HGB. beträgt sie einen Monat, nach § 124 Abs. 1 BGB. ein Jahr, doch wird man annehmen können, daß für die materiellen Beanstandungen die längere Frist immer gewahrt bleibt, sofern die Anfechtung sich auch auf § 119 ff. stützt. Andrerseits dürfte, abweichend von § 124 Abs. 3 BGB., wo als äußerste Frist für die Anfechtung 30 Jahre nach Abgabe der Willenserklärung festgesetzt sind, die kürzere, fünfjährige Verjährungsfrist des Handelsrechts auch für diesen Fall die Anfechtung ausschließen, wie dies schon oben erörtert wurde.

An dieser Stelle ist endlich noch kurz zu besprechen, wer zum Gebrauch der eben geschilderten Rechtsmittel legitimiert erscheint. Außer im Fall des § 271 HGB., wobei unter bestimmten Voraussetzungen jeder in der betreffenden Generalversammlung erschienene Aktionär Klage erheben kann, steht dieses Recht im Prinzip nur der Generalversammlung, nicht dem einzelnen Aktionär zu, da die Vorstandsmitglieder wegen Verletzung ihrer Obliegenheiten als Geschäftsführer nur der Gesellschaft zu Schadensersatz verpflichtet sind. Dem entspricht auch die herrschende Auffassung; eine Nebenintervention bei einer Klage der Gesellschaft wird jedoch teilweise den Aktionären als Einzelpersonen zugebilligt.[8]) Eine Ausnahme erleidet aber diese Regel, ebenfalls im großen und ganzen nach allgemeiner Doktrin und Praxis, wenn sich die Maßnahmen des Vorstandes direkt als ungerechtfertigte Bereicherung oder unerlaubte Handlung gegen einen oder mehrere Aktionäre charakterisieren; in diesem Falle, also z. B. bei falschen Auskünften, böswilligen Fälschungen der Jahresbilanz, zivilrechtlichem Betrug wird auch jedem geschädigten Mitglied der Gesellschaft das Recht zur Ergreifung der Anfechtungsmittel zugesprochen.[9])

[6]) Vgl. Planck III. Aufl. 1 S. 254, 251 f.; Crome 1, S. 348, 350; Staudinger, Kommentar 1 S. 406, 412.

[7]) RG. in Zivilsachen 20, 140.

[8]) Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. 835.

[9]) Übereinstimmend Rehm a. a. O., Renaud, Die Klage des Aktionärs gegen die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 12 S. 9 und 22; Neukamp, das Dogma von der Bilanzwahrheit in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 48 S. 486 f.; Perl, das Recht des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft in GruchotsBeitr. 27, 631 ff.; Alexander, die rechtliche Stellung des Aufsichtsrats und der einzelnen Mitglieder desselben in der ZHR. 40, 89 ff.; Glünicke, die Klagen der einzelnen Aktionäre gegen Vorstand und Aufsichtsrat, Berliner Jn. Diss. 1884 S. 25 f., 79, 84; so wohl auch Makower § 260 Anm. 4 b, wenn er von einem Vorbehalt der Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung spricht. Vgl. übrigens auch RG. vom 14. 3. 04 in DJZ. 03, 273. Ein Anfechtungsrecht einzelner Aktionäre nimmt dagegen an Nothnagel a. a. O. S. 112, jedoch ohne Begründung.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Die Behauptung, daß die gelieferte Ware zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche untauglich gewesen sei, begründet weder für sich allein einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer wegen positiver Vertragsverletzung.

noch auch gibt sie dem Richter ausreichenden Anlaß, behufs eventueller Begründung eines solchen Anspruchs vom Fragerecht Gebrauch zu machen.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 30. April 1907. 33. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Was in erster Instanz vorgebracht war, daß die Kartoffeln mit Salzsäure behandelt gewesen seien, war durch die von dem ersten Richter getroffene, von dem Berufungsrichter wiederholte Feststellung, daß eine solche Behandlung nicht stattgehabt habe, erledigt. Das ganz allgemeine Vorbringen in II. Instanz, die Beklagte habe die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, weil sie zur Saat bestimmte Kartoffeln verkauft, aber, wie der Erfolg bewiesen habe, zur Saat ungeeignete Kartoffeln geliefert habe, lief lediglich auf die Behauptung hinaus, der Beklagte habe eine Ware geliefert, die mit einem Fehler behaftet gewesen sei, der die Tauglichkeit der Ware zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben und gemindert habe (§ 459 Abs. 1 BGB.). Mit der Aufstellung dieser Tatsache war aber noch durchaus kein Verschulden des Beklagten im Sinne der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften (insbesondere des § 276 BGB.) als behauptet anzusehen; und zu einer Ausübung des Fragerechts nach § 139 der ZPO. lag auch keine Veranlassung vor, da, zumal im Hinblick auf die Entscheidungsgründe des 1. Richters, anzunehmen war, daß, wenn der Kläger sonst irgend etwas mehr behaupten konnte als nur, daß die Ware mit einem gemäß § 459 Abs. 1 BGB. von der Beklagten zu vertretenden Fehler behaftet gewesen sei, er dieses vorgebracht haben würde. Kam nun nach den Behauptungen des Klägers ein „Verschulden" der Beklagten lediglich insofern in Betracht, als die von der Beklagten gelieferten Kartoffeln zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch derselben tatsächlich untauglich gewesen sind, so haftet die Beklagte dem Kläger nach § 462, § 480 Abs. 1 BGB., war ihm aber, wie der Berufungsrichter zutreffend und ohne Rechtsirrtum ausgeführt hat, nicht zu Schadensersatz verpflichtet. Daß die Beklagte aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit ihre Leistungspflicht verletzt habe, war nicht ersichtlich.

* * *

Muß auch bei Kassakäufen der Verkäufer eine Untersuchung der noch nicht genehmigten Ware vor deren Annahme und Bezahlung gestatten?

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 23. April 1907. 449. 06.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Die Beklagte hatte, worüber zwischen Parteien kein Streit besteht, den Rotklee netto Kossa (franko Bord Antwerpen) gekauft und Zahlung des Preises bei Ausantwortung der Ware zu leisten. In der Regel mag freilich auch bei Kassakäufen der Verkäufer dem Käufer eine Untersuchung der von diesem noch nicht genehmigten Ware vor deren Annahme und Bezahlung zu gestatten haben und ein Verlangen des Verkäufers, der Käufer solle die Ware unbesichtigt und ungeprüft abnehmen und bezahlen, unberechtigt erscheinen (Entsch. des ROHG. 18, 322; JW. 1893 311 Nr. 20; vgl. auch Entsch. des RG. 31, S. 106, 107). Die Sache liegt hier aber anders, da die Beklagte sich schon vorher von ihren Vertretern aus jedem der 50 in Frage stehenden einzelnen Ballen eine Probe hatte ziehen und übersenden lassen und sie nach Empfang dieser 50 Proben ausdrücklich der Klägerin Order erteilt hatte, ihr jene 50 Ballen zu schicken. Mit Rücksicht hierauf konnte die Klägerin in der Tat bei Ankunft der gegen Barzahlung verkauften Ware sofortige Abnahme derselben und Barzahlung des Kaufpreises erwarten und beanspruchen, und das Verlangen der Beklagten, nun erst noch wiederum zum zweiten Male, Proben aus den Ballen zu ziehen, ablehnen. Die naturgemäße Abwickelung des Geschäfts hatte sich bei der gegebenen Sachlage so zu vollziehen, daß die Beklagte, wenn auch unter Vorbehalt ihrer Rechte, die Ballen abnahm und den Kaufpreis erlegte. Die Beklagte, die anders handelte, tat dieses auf eigene Gefahr und geriet mindestens in dem Umfange in Verzug, in welchem die Lieferung der vertragsmäßigen Beschaffenheit entsprach.

* * *

Im § 326 BGB. deckt sich das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung nicht mit seinem Interesse an dem ihm geschuldeten Gegenstande.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 21. Juni 1907. 61. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Zu Unrecht beschwert sich die Revisionsklägerin über die Ablehnung des Beweiserbietens für ihre Behauptung, daß die Klägerin auch nach Lösung des Vertrages mit den Kalkwerken in ihrem Geschäft für die Lokomotive anderweit Verwendung und deshalb noch Interesse an der Erfüllung des Vertrages gehabt habe. Der Angriff beruht auf unzutreffender Auffassung des § 326 Abs. 2 BGB. Hiernach bedarf es einer Fristbestimmung nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse hat. Das hierin vorgesehene Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages deckt sich nicht mit seinem Interesse an dem Gegenstande der dem Schuldner obliegenden Leistung. Dieses kann noch immer für den Gläubiger

von Wert sein, auch wenn das Interesse an der Vertragserfüllung aufgehört hat. Regelmäßig wird nun aber für den Käufer das Interesse an der Vertragserfüllung wegfallen, wenn die Kaufsache eigens für einen bestimmten Zweck gekauft und für diesen Zweck nicht mehr verwendbar ist. Nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts hat die Klägerin die Lokomotive eigens zur Weiterveräußerung an die Kalkwerke gekauft. Mit der Aufhebung des mit den Kalkwerken geschlossenen Vertrages wurde der Zweck des mit der Beklagten geschlossenen Kaufs und damit das Interesse der Klägerin an der Erfüllung dieses Vertrages hinfällig. Die bloße entfernte Möglichkeit, daß die Klägerin die schwer verkäufliche Maschine in ihrem Geschäfte doch noch einmal, früher oder später, mehr oder minder vorteilhaft, zu verkaufen Gelegenheit finden wird, kann nicht ausreichen, um das Interesse der Klägerin an der Vertragserfüllung als noch fortbestehend anzusehen. Deshalb ist das Beweiserbieten mit Recht als unerheblich abgelehnt worden.

Kleine Mitteilungen.

(Prüfung des Gründungsherganges von Aktiengesellschaften. Die Berliner Handelskammer hat nachstehende Vorschriften für die Prüfung des Gründungsherganges von Aktiengesellschaften unter dem 26. Juli 1907 festgestellt.

I. Voraussetzungen der Prüfung. Antrag.

1. Eine Prüfung des Gründungsherganges durch besondere Revisoren findet bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien in den Fällen statt, in denen

a) ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates zu den Gründern gehört, d. h. bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages mitgewirkt oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen in die Gesellschaft gemacht hat,

b) ein Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats sich einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen hat,

c) auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht werden, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, oder

d) vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden.

2. Die Bestellung der Revisoren erfolgt durch die Handelskammer zu Berlin, sofern die Gesellschaft ihren Sitz im Bezirke der Handelskammer hat. (Berlin, Charlottenburg, Schöneberg und Rixdorf.)

3. Die Bestellung von Gründungsrevisoren ist bei der Handelskammer zu beantragen. Antragsberechtigt sind die Gründer der Gesellschaft, der Vorstand und der Aufsichtsrat der neugegründeten Gesellschaft, sowie der Notar, welcher die Feststellung des Gesellschaftsvertrages beurkundet hat. Der Antrag hat die Firma und den Sitz der neuen Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Personen, welche die Organe der Gesellschaft (Vorstand nnd Aufsichtsrat) bilden, mit Namen und Wohnsitz, die Höhe des Grundkapitals zu bezeichnen und anzugeben, ob auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht sind, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, oder ob vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände von der zu errichtenden Gesellschaft zu übernehmen sind.

4. Die Ernennung der Revisoren erfolgt durch die Handelskammer und wird dem Antragsteller sowie den ernannten Revisoren, letzteren mit der Aufforderung, sich unverzüglich über die Annahme der Wahl zu erklären, zugestellt. Geht die Erklärung über die Annahme bei der Handelskammer nicht binnen 3 Tagen nach der Aufgabe der Ernennung zur Post ein, so gilt die Wahl als abgelehnt und wird ein anderer Revisor ernannt.

5. Die Prüfungstätigkeit darf nicht ausgeübt werden von Personen, welche an der Gesellschaft, deren Gründungshergang zu prüfen ist, als Gründer, Aktionäre, Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates, Angestellte oder an den Einlagen, den zu übernehmenden Anlagen oder sonstigen Vermögensstücken unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind oder für einen der vorbezeichneten Beteiligten bei der Vorbereitung der Gründung oder sonst im Interesse der Gesellschaft (z. B. als Bücherrevisoren) gegen Entgelt tätig gewesen sind. Eine zum Revisor ernannte Person hat, sofern einer dieser Unfähigkeitsgründe vorliegt, dies unverzüglich der Handelskammer unter Rückgabe der Ernennungsurkunde anzuzeigen.

II. Prüfungstätigkeit.

6. Die Revisoren haben nach Annahme des Amtes die Prüfungstätigkeit unverzüglich zu beginnen und ohne Unterbrechung durchzuführen. Sie haben sich dieserhalb mit den Antragstellern in Verbindung setzen.

Die Prüfung hat die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die von den Gründen in Ansehung der Zeichnung und Einladung des Grundkapitals gemacht sind, zu umfassen. Sind auf das Grundkapital Sacheinlagen gemacht, oder hat eine Übernahme von Vermögensgegenständen bei der Gründung durch die Gesellschaft stattgefunden (sog. qualifizierte oder Übernahme-Gründung), so ist die von den Gründern nach § 191 HGB. abzugebende schriftliche Erklärung über die wesentlichen Umstände, von denen die Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge abhängt, von den Revisoren zu prüfen. Die Prüfung erstreckt sich auf die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben, die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Übergangs eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebsergebnisse aus den letzten beiden Jahren.

7. Die Revisoren haben die Unterlagen, welcher sie für ihre Prüfung bedürfen, den Antragstellern zu bezeichnen.

Die Frage, ob eine Übernahmegründung vorliegt oder nicht, ist von den Revisoren selbständig und unabhängig von der Erklärung der Gründer und Gesellschaftsorgane zu prüfen. Entstehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten zwischen den Revisoren und den Antragstellern darüber, ob eine Übernahmegründung vorliegt oder nicht, so sind die Antragsteller und Organe der Gesellschaft auf den Standtpunkt der Gerichte hinzuweisen, und es ist, wenn eine Einigung nicht erzielt wird, die Revisionstätigkeit einstweilen auszusetzen.

III. Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten.

8. Alle Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der von den Gründern den Revisoren zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise unterliegen auf Antrag der Entscheidung der Handelskammer. Der Antrag ist von den Revisoren unter Einreichung der zwischen diesen und den Gründern gewechselten Schriftstücke und eines Berichtes über die mündlichen Verhandlungen zu stellen. Wird der Antrag von den Gründern oder Mitgliedern des Vorstandes der Gesellschaft gestellt, so teilt ihn die Handelskammer den Revisoren zur Berichterstattung mit. Bis zur ergehenden Entscheidung der Handelskammer haben die Revisoren sich jeder weiteren Tätigkeit zu enthalten, insbesondere die Erstattung des Prüfungsberichtes zu unterlassen. Die Entscheidung der Handeskammer wird den Beteiligten zugestellt und ist für sie endgültig maßgebend.

IV. Prüfungsbericht.

9. Der Prüfungsbericht ist sachlich zu halten. Er hat die den Revisoren von den Gründern vorgelegten Urkunden uno sonstigen Unterlagen zu bezeichnen. Er hat weiterhin

a) die Firma und den Sitz des Unternehmens,
b) den Tag der Feststellung des Gesellschaftsvertrages,
c) die Namen und den Wohnsitz der Gründer,
d) die Höhe des Grundkapitals und den Gegenstand des Unternehmens,
e) die Namen der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats

zu bezeichnen. Haben die Gründer sämtliche Aktien übernommen (s. Simultan-Gründung), so sind die von den einzelnen Gründen gezeichneten Beträge und bei einer Ausgabe von Aktien für einen höheren als den Nennwert auch der Mehrbetrag anzugeben.

Ist das Grundkapital durch Barzahlung aufzubringen, so ist der auf die Aktien bar eingezahlte Betrag und die Art der Zahlung (vgl. HGB. § 195 Abs. 3) sowie die Art, wie die Revisoren sich von der geleisteten Zahlung überzeugt haben, anzugeben.

Findet eine Einbringung von Vermögensgegenständen auf das Grundkapital statt, so sind diese zu bezeichnen und die für die Berechnung des Übernahmepreises maßgebenden Momente zu erörtern. Dabei ist an der Hand der Gründererklärung (HGB. § 191) die Angemessenheit der angesetzten Preise zu prüfen und anzugeben, in welcher Weise die Revisoren sich die Überzeugung von der Angemessenheit verschafft haben. Die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hinzielenden, vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und im Falle des Überganges des Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebsergebnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren sind anzugeben. Anzugeben ist ferner, in welcher Weise die Berichtigung der Übernahmepreise stattgefunden hat oder stattfinden soll.

Hervorzuheben ist jeder zugunsten der einzelnen Aktionäre im Gesellschaftsvertrag bedungene besondere Vorteil.

Bezüglich der durch die Gründung bedingten Kosten (sog. Gründungsaufwand) ist anzugeben, von wem und in welcher Weise sie getragen werden.

10. Am Schluße des Prüfungsberichts ist seitens der Revisoren die Versicherung abzugeben, daß sie an den Vorbereitungen der Errichtung der Gesellschaft in keiner Weise beteiligt oder tätig gewesen sind. Der erstattete Prüfungsbericht ist in einem deutlich geschriebenen Exemplar von den Revisoren mit Datum und Unterschrift zu versehen und unter Beifügung der Bestallung der Gesellschaft auszuhändigen. Ein zweites, ebenso herzustellendes Exemplar des Prüfungsberichtes ist der Handelskammer einzureichen. Die Handelskammer erteilt dem Antragsteller Bescheinigung und veröffentlicht in der nächsterscheinenden Nummer ihrer „Mitteilungen" die Tatsache, daß der Bericht in ihrem Bureau zu Einsicht ausliegt.

11. Die Revisoren haben für die Vornahme der Prüfung und die Erstattung des Berichts nach Maßgabe der anliegenden Gebührenordnung zu liquidieren. Neben den Gebühren sind die baren Auslagen der Revisoren in die Liquidation aufzunehmen. Abmachungen mit den Gründen über die Höhe der Vergütung, welche abweichende Sätze enthalten, sind unzulässig. Die Liquidation ist in jedem Fall der Handelskammer zur Festsetzung einzureichen.

12. Eine gegen Entgelt gewährte sonstige Tätigkeit für die Gesellschaft oder die Gründer, welche die Prüfung vorbereiten soll oder sonst im Zusammenhang mit der Prüfung oder mit der Gründung steht, ist dem Revisor nicht gestattet.

Gebührentaxe für die Revision der Gründung von Aktiengesellschaften.

I. Gründungen ohne Illationen.

Bei einem Objekt

	einschl.	f. d. Revisor
bis zu	200,000 Mk.	= 100 Mk.
von über 200,000—	500,000 „	= 150 „
„ „ 500,000—	1,000,000 „	= 200 „
„ „ 1,000,000—	5,000,000 „	= 300 „
„ „ 5,000,000—	10,000,000 „	= 500 „

Bei Gründungen von über 10 Millionen Mark steigt die Gebühr für jede angefangene 10,000,000 Mark um 100 Mark bis zum Höchstbetrage von 1000 Mark für den Revisor.

II. Illationsgründungen.

Bei einem Objekt

bis zu	300,000 M. einschl.	= 200 M. f. d. Revis.
von über	300,000—1,000,000 „ „	= 400 „ „ „
„ „	1,000,000—3,000,000 „ „	= 600 „ „ „
„ „	3,000,000—5,000,000 „ „	= 800 „ „ „

Bei Gründungen von über 5 Millionen Mark steigt die Gebühr für jede angefangene 5,000,000 Mark um 50 Mark bis zum Höchstbetrage von 1500 Mark.

Bei ganz besonders schwierigen und ungewöhnlich viel Zeit erfordernden Revisionen können in beiden Gruppen angemessen höhere Gebühren durch die Handelskammer bewilligt werden.

Literatur.

Eingänge.

Fernow, A., Geh. Oberfinanzrat; Ergänzungssteuergesetz. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister vierte vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1907, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

Halle, Dr. Ernst von; Die Weltwirtschaft, II. Jahrgang 1. Teil: Internationale Übersichten. Leipzig, B. G. Teubner. Mk. 6.—.

Heinitz, Ernst, Justizrat, Rechtsanwalt und Notar, Berlin; Kommentar zum Preußischen Stempelsteuergesetz nebst Tarif vom 31. Juli 1895, mit Tabellen

den gesamten Ausführungsbestimmungen, dem Reichsstempelgesetz, dem Erbschaftssteuergesetz und einem Anhange, die den Notaren als Amtsstellen der Steuerverwaltung zustehenden Befugnisse und obliegenden Verpflichtungen. Dritte veränderte und vermehrte Auflage, 3. Lieferung. Berlin 1907. Verlag von Otto Liebmann, Buchhandlung für Rechts- und Staatswissenschaften. Mk. 4.25.

Hennicke, Alfred; Die Entwickelung der spanischen Währung von 1868—1906. Stuttgart und Berlin 1907. J. G. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger.

Kaufmann, Arthur, Dr. jur. Gerichtsreferendar in Hannover. Der § 2 des neuen Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897. Halle a/S. 1906. Druck von Wischan & Burkhardt.

Königsberger, Dr. jur. Arthur; Die berufliche Auskunfterteilung und die Stellung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden. Stuttgart J. B. Metzler.

Lobe, Adolf Dr., Oberlandesgerichtsrat; Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 1: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung. Bd. 3: Materialien des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Bd. 4: Gesetze, Verordnungen und Verträge des deutschen Reichs und der Bundesstaaten zum Schutze gewerblicher Tätigkeiten. Leipzig 1907. Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung Theodor Weicher. Preis Mk. 22.—.

Loeck, P., Regierungsrat. Justitiar an der Provinzial-Steuer-Direktion in Berlin. Preußisches Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 mit den gesamten Ausführungsbestimmungen unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und der Gerichte. Sechste Auflage, Berlin 1907. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H.

Manzke, W., Provinzialsekretär; Bartels Unterrichtsbuch für Grenz- und Steuer-Aufseher zum Selbstunterricht für die aus dem Militäranwärterstande hervorgegangenen Grenz- und Steueraufseher, sowie für deren Vorbereitung für die Prüfung zum Zoll- und Steuersekretär bezw. Obereinnehmern und Assistenten. Berlin 1907. Ernst Siegfried Mittler & Sohn, Königl. Hofbuchhandlung, Kochstr. 68—71. Preis Mk. 11.— geb. Mk. 12.—

Reis, Theodor, Dr. jur.; Zeichnung und Übernahme von Aktien mit einer Einführung von Josef Kohler. Berlin 1907. R. von Decker's Verlag, G. Schenk, Kgl. Hofbuchhändler. Broch. Mk. 1.80, geb. Mk. 2.40.

Skonietzki, Richard, Reichsgerichtsrat und Gelpke, Rechtsanwalt und Notar; Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich mit den Einführungsgesetzen und den Preußischen Ausführungsgesetzen auf Grund der Rechtsprechung. Dritte Lieferung (§§ 128—253), Berlin 1907. Verlag von Franz Vahlen, W., Mohrenstr. 13/14. Mk. 5.20.

Soergel, Dr. Hs. Th. und Krause, Landrichter. Jahrbuch des Strafrechts und Strafprozeß. 1. Jahrg., enthaltend die Rechtsprechung vom 1. 1. 06 bis einschl. 1. 3. 07 zum StrGB., StPO., MStGB., MStGO. sowie einigen damit in engem Zusammenhang stehenden kleinen Gesetzen. Hannover 1907. Helwing'sche Verlagsbuchhandlung.

Druckfehlerberichtigung.

In Nr. 8 lies: Seite 188 Spalte 1 Zeile 10 von unten statt „erwarb" „verwob".

Seite 198 Spalte 1 Zeile 25 zu streichen „über".

Daselbst: Zeile 28 lies statt „Entstehungsgeschäfte" „Entstehungsgeschichte".

Seite 199 Spalte 1 Zeile 6 von oben, statt „der Tatsachen der Wahrheit" „der Tatsachen, der Wahrheit".

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Scheck ◎ Wechsel ◎ Börsenwesen.

Canstein, Freiherr, **Raban von**, Scheck, Wechsel und deren Deckung. Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht. 1890. 8° IV und 188 S. M. 4,—.

— Lehrbuch des Wechselrechts. 1890. 8° XXIV und 542. M. 12,—, geb. M. 14,—.

— Der Scheck nach dem österreichischen Gesetze vom 3. April 1906. 1906. gr. 8° VIII, 249 S. M. 7,—.

Heinemann, Ernst, Das Problem der Deutschen Börsenreform in rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung. Unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur des Reichsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts. 1901. 8° VII und 136 S. M. 2,40.

Hoppenstedt, A., Zum Scheckgesetz. Kritik des dem Bundesrate vorgelegten Entwurfes eines Scheckgesetzes für das deutsche Reich. 1892. 8° II und 136 S. M. 1,—.

— Ein zweites Wort zum Scheckgesetz. Vortrag, gehalten in der Vereinigung Berliner Bank- und Wechselgeschäfte am 14. April 1892. 1892. 8° 54 S. M. 1,—.

— Die Haftbarkeit des Bankiers bei gestohlenen Wertpapieren. Eine Sammlung des gesetzgeberischen Quellen-Materials für den praktischen Gebrauch zusammengestellt. 1899. 8° 154 S. geb. M. 2,—.

— Zur Revision des Handelsgesetzbuches. Zwei Anträge. 1896. 8° 54 S. M. —,80.

Koch, R., Über Bedürfnis und Inhalt eines Scheckgesetzes für das Deutsche Reich. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin. Nebst einem Anhange. 1883. 8° 48 S. M. 1,—.

— Über Giroverkehr und den Gebrauch von Schecks als Zahlungsmittel. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, nebst einem Anhange. 1878. 8° 48 S. M. 1,—.

— Vorträge und Aufsätze hauptsächlich aus dem Handels- und Wechselrecht. 1892. 8° VI und 370 S. M. 8,—, geb. M. 10,—.

Kohler, Josef, Das Börsenspiel. Sonderabdruck aus der Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 1894. 8° IV und 48 S. M. 1,—.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift
für
Handelsrecht und Bankwesen
Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat **Dr. Paul Holdheim.**
Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 10. **Berlin, Sonnabend 12. Oktober 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30. Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905/06. (Fortsetzung). Von Reichsgerichtsrat Meyn. — Begriff, Bedeutung und Tragweite der Entlastung (Fortsetzung). Von Dr. Rudolf Geiling, Freiburg i. B. — Deutsche Handelsgebräuche. Von Rechtsanwalt Zander, Danzig. — Reichsgerichtsentscheidungen: Offene Handelsgesellschaften, stille Reserven und Reservefonds. — Sukzessivlieferungsverkäufe. — Kleine Mitteilungen. — Literatur: Eingänge.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895.

B. Tarif.

Nr. 11. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Zur Frage, ob ein nach Tarifst. 32 stempelpflichtiger Kaufvertrag oder ein nach Tarifst. 71 zu versteuernder, nur eine Kaufpflicht begründender Vertrag (pactum de emendo) vorliegt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 21. Sept. 1906. 633. 05.

Der Kläger hatte mit einer anderen Person K. einen notariellen Vertrag abgeschlossen, in dessen § 1 K. sich verpflichtete, wenn der Kläger ein bestimmtes Grundstück von einem Dritten käuflich erwerben sollte, dem Kläger dieses Grundstück für einen bestimmten Preis abzukaufen. In den weiteren Paragraphen wurde Bestimmung über die Zeit der Übergabe, die Zeit und Ort der Zahlung des Kaufpreises, über den Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufpreises und andere Dinge getroffen. Der Berufungsrichter sah hierin einen beide Teile zum Abschluß eines Kaufvertrages verpflichtenden, nach Tarifst. 32 stempelpflichtigen Vertrag, das RG. hob auf, weil der Berufungsrichter das Verhältnis der mehreren Bestimmungen der Urkunde zu einander nicht zureichend gewürdigt habe. Im Revisionsurteil wird ausgeführt: Grundlegend sei § 1, in welchem K. für den Fall des käuflichen Erwerbes des Grundstücks durch den Kläger sich diesem verpflichte, es ihm für einen bestimmten Preis abzukaufen. In diesem Paragraphen sei von einer Gegenverpflichtung des Klägers zum Verkaufe nichts gesagt oder angedeutet, obgleich doch gerade hier der Ort für die Feststellung einer solchen, wenn die Kontrahenten sie beabsichtigt hätten, gewesen wäre. Eine isolierte Würdigung der folgenden Paragraphen, die losgelöst vom § 1 die Auffassung des Berufungsrichters rechtfertigen würden, da sie Verpflichtungen nach beiden Seiten zu enthalten schienen, verbiete sich aber durch die Beziehung zum § 1. Daraus, daß die Urkunde sich als Vertrag bezeichne und von beiden Teilen unterzeichnet sei, könne für den Standpunkt des Berufungsrichters nichts gefolgert werden; denn sie enthalte die Merkmale einer erklärten Willenseinigung der beiden Beteiligten, durch welche eine Verbindlichkeit, wenn auch nur eines von ihnen, geschaffen werden sollte. Hiernach sei eine Verkaufspflicht des Klägers in der Urkunde nicht zum Ausdruck gebracht. Für die Tarifst. 32 und 54 (Punktation) sei hiernach kein Raum, sondern die Urkunde unterliege nur dem Vertragsstempel der Tarifst. 71[2].

* * *

Nr. 12. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Stempelpflicht privatschriftlicher Grundstücks-Veräußerungsverträge. Schriftliche, der Form des § 313 BGB. entbehrende Grundstücksveräußerungsverträge werden im Falle der auf Grund derselben erfolgenden Auflassung und Eintragung der Eigentumsänderung stempelpflichtig, wenn in dem über die Auflassung aufgenommenen Protokolle die überreichte Vertragsurkunde derart in Bezug genommen wird, daß daraus das Verhältnis des Urkundeninhalts zur Auflassung erhellt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 28. April 1905. 450. 04.

Nachdem auf Grund eines mündlichen Grundstückskaufvertrages die Auflassung sowie die Eintragung

der Eigentumsänderung stattgefunden hatte, erklärten die Vertragsteile bald darauf in einer gerichtlichen Urkunde, in der zunächst der Inhalt des mündlichen Kaufvertrages wiedergegeben wurde: „Die Kontrahenten heben hiermit diesen Kaufvertrag auf und verpflichten sich wechselseitig zur Rückauflassung." Bei der Auflassung wurde diese Urkunde überreicht und auf sie im Auflassungsprotokoll Bezug genommen. Während die Beteiligten hierauf nur den Stempel aus Tarifst. 71 Abs. 1 (Aufhebung eines früheren Vertrages) angewendet wissen wollten, erblickte der Fiskus in jener Urkunde einen neuen lästigen Veräußerungsvertrag und erforderte wegen der nachfolgenden Auflassung und Eintragung den Stempel aus Tarifst. 32. Alle Instanzen traten der Ansicht des Fiskus bei.

Aus den Gründen des Revisionsurteils.

Für die Beurteilung kommt zunächst der § 313 Satz 1 BGB. in Betracht, der die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Verträge, durch welche die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück übernommen wird, vorschreibt. Es ergibt sich daraus, daß die in Frage stehende Urkunde, welche eine Verabredung jenes Inhalts bezielt, für sich betrachtet, da sie der vorgeschriebenen Form ermangelt, und sich daher das dokumentierte Abkommen als nichtig darstellt, einer Stempelabgabe nicht unterliegt. In dem Satz 2 des angezogenen Paragraphen wird nun aber weiter bestimmt: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt." Daraus ist zu schließen, daß, falls diese Voraussetzung vorliegt, der wegen Formmangels ungültige Vertrag, welcher der Auflassung und Eintragung zu Grunde liegt, jedenfalls dann Gültigkeit erlangt und damit stempelpflichtig wird, wenn in dem über die Auflassung aufgenommenen Protokolle die überreichte Vertragsurkunde derart in Bezug genommen wird, daß daraus das Verhältnis des Urkundeninhalts zur Auflassung erhellt. Es liegt in solchem Falle vor, daß dem in mangelhafter Form aufgenommenen Vertrage Rechtswirksamkeit zu teil geworden ist. Es ist auch die Stempelpflichtigkeit von privatschriftlichen Urkunden des fraglichen Inhalts für den Fall nachfolgender Auflassung und Eintragung ausgesprochen von dem Finanzminister in dem mit Zustimmung des Justizministers erlassenen Reskripte vom 12. 2. 1900 (JMBl. 63), Hummel und Specht, Kommentar S. 513 und Heinitz, Kommentar, 2. Aufl. S. 291 und 292). Für die zutreffende Entscheidung kann es bei der Sachlage dahingestellt bleiben, ob auch wie von dem Finanzminister sowie von Hummel und Specht, wenngleich von den letzteren nicht ohne Bedenken angenommen wird, die Stempelpflicht der Privatschrift auch für den Fall vorliegt, daß solche nicht dem Grundbuchrichter überreicht und auf sie auch nicht in dem Auflassungsprotokoll Bezug genommen wird.

Die Vorinstanz findet ein Bedenken, sich der dargelegten Ansicht anzuschließen, darin, daß nach Tarifst. 8 Abs. 3 der Auflassungsstempel nicht zu erheben ist, wenn der mit der Verlautbarung der Auflassung oder während einer nachfolgenden, näher bestimmten Frist die das Veräußerungsgeschäft enthaltende, in an sich stempelpflichtiger Form ausgestellte Urkunde vorgelegt wird. Es wird ausgeführt, daß es an solcher Form bei einer privatschriftlichen Urkunde fehle, deren Formmangel erst durch hinzutretende äußere Umstände, wie die Erwähnung im Auflassungsprotokoll, geheilt werde. Dem Bedenken ist keine Bedeutung beizumessen. Nachdem sich die Rechtslage, unter der die in Rede stehende Bestimmung erlassen wurde, durch den § 313 Satz 1 BGB. anders gestaltet hat, kann jene Vorschrift nur noch entsprechend Anwendung finden, dergestalt, daß es nunmehr genügt, wenn eine Beseitigung des Formmangels erst nach Vorlegung der Urkunde durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt.

* * *

Nr. 13. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Wiederaufhebung eines Veräußerungsvertrages. Die rein vertragsmäßige, (nicht auf Grund eines gesetzlichen Anspruchs erfolgende) Wiederaufhebung eines vollzogenen Kaufgeschäftes und Übernahme der Verpflichtung zur Rückgewähr des Kaufgegenstandes stellt ein neues lästiges, nach TSt. 32 stempelpflichtiges Veräußerungsgeschäft dar.

Urt. des VII. ZivSen. vom 28. April 1905. 450. 04.

In der vorstehend unter Nr. 12 behandelten Sache äußerte sich das Reichsgericht über die Anwendung der Tarifst. 32 im Gegensatz zu der der Tarifst. 71 Abs. 1 folgendermaßen:

Zunächst ist davon auszugehen, daß hier eine besondere, auf Vereinbarung begründete Vertragsverpflichtung zur Rückgewähr vorliegt, wonach eine in dem Stempeltarif besonders aufgeführte Verhandlung in Frage steht. Es kommt daher nach Tarifst. 71 Ziff. 1 Abs. 2 derjenige Steuersatz zur Anwendung, welchem diese Verabredung unterliegt. Wie auch von den Vorinstanzen angenommen, muß hier eine andere Beurteilung eintreten, als solche seitens des erkennenden Senats in dessen Urteile v. 26. 10. 1900 (Entsch. 47, 303) dem damals fraglichen Rechtsstreite zu Teil geworden ist. Bei diesem handelte es sich um die beurkundete Regelung der Folgen der Vertragsaufhebung, auf welche der eine Teil ein gesetzliches Recht hatte. Es ist dann ausgesprochen, daß solchenfalls in der vertragsmäßig niederlegten Abrede der Rückgabe ein lästiges Veräußerungsgeschäft nicht zu erblicken sei.

* * *

Nr. 14. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Zur Frage, ob ein lästiger Grundstücksveräußerungsvertrag, durch den beide Vertragsteile sich einander wechselseitig Grundstücke überlassen, einen Tauschvertrag oder zwei Kaufverträge enthält.*) Wenn der Wert der von dem einen Teil hinzugebenden Grundstücke nach Inhalt des Vertrages vollständig durch Übernahme der darauf ruhenden, diesen Wert erschöpfenden Hypotheken gedeckt wird, so liegen zwei

*) Vgl. die Urteile des VII. ZivSen. zu dieser Frage aus dem Jahre 1904 in dieser MSchr. 1904 S. 274, 1905 S. 148.

nach Tarifst. 32 stempelpflichtige Kaufverträge, nicht ein Tauschvertrag vor.

Zwei Urt. des VII. ZivSen v. 11. April 1905. 399. 04. und 415. 04., ferner Urt. vom 26. Sept. 1905. 618. 04.

Der VII. Zivilsenat nimmt in den vorbezeichneten drei Urteilen den Standpunkt ein, daß, wenn das eine von den beiden auszutauschenden Grundstücken bis zu seinem angenommenen vollen Tauschwert mit Hypotheken belastet ist und der Erwerber diese Hypotheken übernimmt, ein Tauschgeschäft ausgeschlossen sei, weil von dem Wert dieses Grundstücks nichts mehr übrig sei, was gegen das andere Grundstück bezw. dessen Wert ausgetauscht werden könnte. So lag die Sache in allen drei Fällen. Im einzelnen ist aus diesen Urteilen folgendes mitzuteilen:

1. Im ersten Falle (Urt. v. 11. April 1905, 399, 04) „vertauschten" die Gebrüder St. mehrere ihnen gehörigen Parzellen gegen mehrere dem M. gehörige Grundstücke. Die Grundstücke der Gebrüder St. waren mit Hypotheken in Höhe von 70190 Mk. belastet, M. übernahm diese und bestellte für die Gebrüder St. auf anderen ihm gehörigen Grundstücken eine Hypothek von 10000 Mk. Auf den Grundstücken des M. ruhten Hypotheken von 50030 Mk., welche die Gebrüder St. übernahmen und die dessen Wert erschöpften; die Gebrüder St. hatten daher nichts weiter als diese Übernahme zu leisten. Im Vertrage war der Wert der vertauschten Grundstücke auf 70190 Mk. angegeben. Im Revisionsurteil wurde die Annahme, daß hier ein doppelter, zweifach stempelpflichtiger Kaufvertrag vorliege, folgendermaßen begründet:

Der erkennende Senat hat ständig im Anschluß an das Urteil des IV. Zivilsenats vom 30. 11. 96 (JW. 97, 69[65]) angenommen, daß Geschäfte der vorliegenden Art, die als Tauschverträge bezeichnet waren, als doppelte Kaufverträge zu verstempeln seien (Entsch. des RG. 50, 285) und die dort angeführten Urteile. Der Sachverhalt war in allen diesen Fällen der, daß beide Vertragsteile einander Grundstücke überließen und der Wert der von der einen Partei hinzugebenden Grunstücke vollständig durch Übernahme von Hypotheken, der Wert der von dem anderen Teile zu gewährenden Grundstücke durch Übernahme von Hypotheken, und andere Leistungen (Barzahlung, Abtretung von Hypotheken) ausgeglichen wurde. Das Reichsgericht vermißte bei solchem Sachverhalte das für den Begriff des Tausches wesentliche Merkmal der Hingabe einer individuellen Leistung gegen eine andere, gleichfalls individuelle Leistung. Von dieser Auffassung ist auch nicht in dem neueren im Berufungsurteile erwähnten Urteile vom 15. 3. 04 (Entsch. 57, 264) abgewichen. Die Sachlage war dort — und in den Urteilen v. 28. 6. 04 VII. 52 04* und v. 4. 11. 04 VII. 168 04** — nicht die gleiche; die Gegenleistung für die von den Beteiligten einander übereigneten Grundstücke erschöpfte sich nicht in der Übernahme von Hypotheken und anderweiten Leistungen, es blieb Raum für die Annahme eines Austauschs von Grundstück gegen Grundstück. Der gegenwärtige Fall entspricht völlig den früher entschiedenen Fällen; er bietet keinen Anlaß von der bisher geübten Rechtsprechung, der sich auch nach dem Zeugnisse von Hummel-Specht (Kommentar zum StempstG. S. 795) die Verwaltungspraxis und ferner der I. ZivSen. des Kammergerichts angeschlossen haben (Jahrb. 26 BS. S. 44), abzuweichen. Die Feststellung des Berufungsrichters, daß ein Tauschgeschäft vorliege, ist der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht entzogen und diese ergibt, daß es sich bei dem Vertrage vom 14. 11. 02, dessen Stempelpflicht in Frage steht, nicht um einen Tausch, sondern um zwei Kaufverträge handelt. Daß der Begriff des Tausches im BGB. kein anderer ist, wie nach dem gemeinen Recht und nach dem ALR., ist nicht zu bezweifeln. Der Kauf geht auf den Umsatz von Ware gegen Geld, der Tausch dagegen auf den Umsatz von Ware gegen Ware, die Gegenleistung besteht bei letzterem nicht in dem allgemeinen Tauschmittel des Geldes. Der Vertrag vom 14. 11. 02 baut sich nun dergestalt auf, daß zunächst im § 1 die von den Gebrüder St. an M. „vertauschten" Grundstücke bezeichnet werden und dann im § 2 gesagt ist, M. übernehme die auf ihnen lastenden Hypotheken von 70190 Mk. Sodann sind die an die Gebrüder St. „vertauschten" Parzellen näher aufgeführt (§ 3) und es heißt in § 4, daß die Gebrüder St. ihrerseits Hypotheken im Gesamtbetrage von 50030 Mk. zu übernehmen hätten. Schließlich bestellt M. den Gebrüdern St. auf anderweit von ihm erworbenen Grundstücken eine Hypothek von 10000 Mk. Danach ist das Entgeld für die beiderseits veräußerten Grundstücke dergestalt bestimmt, daß der eine Teil, M. Hypotheken übernimmt und eine neue Hypothek bestellt, der andere Teil, die Gebrüder St. lediglich Hypotheken übernimmt. Da die Übernahme und die Bestellung von Hypotheken in ihrem schließlichen Ergebnis auf eine Geldleistung hinausläuft, so ist klar, daß die Gegenleistungen für die übereigneten Grundstücke in Geld bestehen sollten, daß es sich also um Kaufverträge handelte. M. sollte 80190 Mk., die Gegenseite 50030 Mk. zahlen und diese Zahlungspflicht wurde in der näher angegebenen Weise geregelt. Der Berufungsrichter legt das entscheidende Gewicht auf die durch die Errichtung einer Urkunde und durch den Gebrauch der Worte „Tauschvertrag, vertauschen" zum Ausdrucke gelangte Absicht der Parteien, daß jede von ihnen die Grundstücke der anderen erhalten sollte, und daß jede ihre Grundstücke nur weggeben wollte, wenn sie die der anderen erhalte. Aber diese Absicht braucht nicht notwendig durch den Abschluß eines Tauschvertrages verwirklicht zu werden; sie wird in gleichem Maße auch durch den Abschluß zweier Kaufverträge erreicht, die in eine rechtliche Wechselwirkung dadurch zu einander gebracht werden, daß der Bestand des einen durch den des anderen bedingt ist. Wesentlich ist allein, ob nach dem Inhalte der Urkunde der von den Parteien bezweckte Austausch der Grundstücke in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gebracht ist, so daß der eine Teil für das Grundstück, das er fortzugeben sich verpflichtet, ein anderes Grundstück von der Gegenseite zu fordern berechtigt wird. Darum fehlt es im vorliegenden Fall, in welchem, wie oben ausgeführt, die Vergütung für die von den Parteien einander zu gewährenden Grundstücke selbständig durch Geldbeträge bestimmt ist und in deren Höhe gewisse Leistungen übernommen werden. Auf den Willen der Beteiligten, danach einen Tauschvertrag abzuschließen, kommt es unter diesen Umständen nicht an; über die juristische Natur des zwischen ihnen vereinbarten Geschäfts hat der Richter zu befinden.

*) S. diese MSchr. 1904 S. 275 (das Datum des Urteils ist dort unrichtig mit dem 28. Mai statt 28. Juni angegeben).

**) S. diese MSchr. 1905, 148.

II. Im zweiten Falle (Urt. v. 11. April 1905 415 04) „vertauschten" die klagenden Eheleute D. mehrere ihnen gehörigen Parzellen im Werte von 38 000 Mk. gegen mehrere dem M. gehörige Grundstücke im Werte von 83 000 Mk. Die Eheleute D. übernahmen die auf dem M.'schen Grundstücke ruhenden, dessen Wert erschöpfenden Hypotheken von 83 000 Mk., wogegen M. eine auf den D.'schen Grundstücken ruhende Hypothek von 28 000 Mk. übernahm und auf diesen, ihm übereigneten Grundstücken den Eheleuten D. eine Hypothek von 10 000 M. bestellte. Nachdem im Revisionsurteil, das in diesem Geschäft ebenfalls einen doppelten Kaufvertrag erblickte, auf das obige Urteil vom selbigen Tage verwiesen ist, wird weiter fortgefahren:

Das Berufungsgericht führt aus, die rechtliche Natur des Vertrags vom 14. 11. 02 als Tauschvertrag würde jedenfalls nicht in Zweifel gezogen werden können, wenn die Vertragschließenden vereinbart hätten, daß die Kläger von den auf den bisher M.schen Grundstücken eingetragenen Hypotheken einen dem Wertunterschiede der vertauschten Grundstücke entsprechenden Betrag von 45 000 Mk. übernehmen, im übrigen aber alle auf den vertauschten Grundstücken eingetragenen Hypotheken gelöscht werden sollten. Dieser Erwägung ist entgegenzuhalten, daß die Beteiligten einen Vertrag dieses Inhalts eben nicht geschlossen haben. Nicht die Beseitigung der Hypotheken, sondern deren Übernahme ist vereinbart. Gewiß können auch Grundstücke, die ganz oder teilweise mit Hypotheken belastet sind, unmittelbar gegen einander ausgetauscht werden, aber nur mit der Einschränkung, daß die auf dem einen Grundstücke haftenden Hypotheken nicht schon dessen vollen Wert erschöpfen. Gleich wie ein voll belastetes Grundstück nicht an Zahlungsstatt für irgend eine Summe hingegeben werden kann, falls der Erwerber zugleich die Hypotheken übernehmen soll, so kann es unter der gleichen Voraussetzung auch nicht in Tausch gegeben werden. Das Berufungsgericht scheint im vorliegenden Falle als Vertragsinhalt etwa die folgenden Abmachungen anzusehen: M. übergibt ein Grundstück, wert 83 000 Mk., und erhält als unmittelbare Gegenleistung von den Klägern ein Grundstück, wert 38 000 Mk. Zur Wertausgleichung übernehmen die Kläger — an Stelle einer baren Tauschaufgabe von 45 000 Mk. — den gleichen Betrag von den auf dem M.'schen Grundstück haftenden 83 000 Mk. Hypotheken. Nun hätte M. die 38 000 Mk., die Kläger 28 000 Mk. auf den in Tausch gegebenen Grundstücken zur Löschung zu bringen. Diese Verpflichtungen erlassen sie sich gegenseitig, die Kläger übernehmen auch die 38 000 Mk., M. die 28 000 Mk. auf den eingetauschten Objekten und M. zahlt noch 10 000 Mk. an die Kläger hinaus. — Ob ein Vertrag mit diesem Inhalte als Tauschvertrag angesehen werden könnte, bedarf jedoch nicht der Erörterung, denn die hier angenommenen Abreden haben die Beteiligten nicht getroffen. Der Vertrag bestimmt nur, daß die Kläger die M.'schen Grundstücke erhalten und 83 000 Mk. Hypotheken übernahmen, und daß M. die klägerischen Grundstücke erhält und 28 000 Mk. Hypotheken übernimmt und weitere 10 000 Mk. eintragen läßt. Da die Vertragsurkunde nichts darüber aussagt, wofür denn sonst, wenn nicht für die überlassenen Grundstücke, die Hypotheken übernommen werden sollten, so bleibt nichts übrig, als die Hypothekübernahme (bezw. die Aufzahlung von 10 000 Mk.) als die für die Grundstücksüberlassung bedungene Gegenleistung anzusehen. Die Ausdrücke: „Tauschvertrag, vertauschen", vermögen hieran nichts zu ändern, denn nicht die Bezeichnung, sondern der Inhalt des Vertrags ist für die Bezeichnung seines rechtlichen Charakters maßgebend. Immerhin wird durch die Bezeichnung des Vertrags als Tausch die Abhängigkeit der beiderseitigen Veräußerungen von einander, die natürlich gewollt ist, außer Zweifel gestellt, bemerkt sei noch, daß der Hinweis des Berufungsgerichts auf eine Entsch. des V. Senats v. 23. 3. 98 V 297/97 (JW. 1898, 307) verfehlt ist. Dort handelte es sich um die Frage, ob zwei von einander abhängige, in gesonderten Urkunden verbrieften Kaufverträge hinsichtlich ihrer zivilrechtlichen Wirkungen als ein Tauschvertrag gelten können, nicht aber um die Stempelpflicht dieser Verträge.

III. Im dritten Falle (Urt. v. 26. Sept. 1905 618 04) vertauschte K. sein Hotelgrundstück im Werte von 49 540 Mk. gegen den Gasthof des G. im Werte von 21 000 Mk. G. übernahm die auf dem K.'schen Hotelgrundstück ruhenden Hypoteken von 48 640 Mk. und zahlte bar 900 Mk., K. übernahm dagegen die auf dem G.schen Gasthof ruhenden, dessen Wert gleichkommenden Hypotheken von 21 000 Mk. In dem auch hier das Vorhandensein zweier Kaufverträge annehmenden Revisionsurteil heißt es:

Wenn die für die Hingabe der Grundstücke vereinbarten beiderseitigen Gegenleistungen, die sogenannten Tauschpreise, nach dem beurkundeten objektiven Vertragsinhalte ihre vollständige Deckung, wie im gegenwärtigen Falle, in der Übernahme von Hypotheken und Barzahlung finden und der Vertrag nichts darüber ergibt, wofür denn sonst, wenn nicht für die Überlassung der Grundstücke, diese Leistungen den Gegenwert bilden sollen, so bleibt rechtlich nichts anderes übrig als diese Leistungen als die für die Grundstücksüberlassung bedungenen Gegenleistungen anzusehen. In diesem Falle bleibt für die Annahme kein Raum, daß eine individuelle Leistung, nämlich die Hergabe eines Grundstücks, gegen eine andere individuelle Leistung, die nur in der Gewährung des vom anderen Vertragsteilnehmer gegebenen Grundstücks gefunden werden könnte, erfolgt ist.

Im vorliegenden Falle sind die Parteien darin einig, daß der Wert der beiderseits hingegebenen Grundstücke 49 540 Mk. und 21 000 Mk. beträgt. Diese Beträge finden laut des § 2 des Vertrages ihre vollständige Deckung einerseits durch die Übernahme von 48 640 Mk. Hypotheken und Barzahlung von 900 Mk., andererseits durch die Übernahme von 21 000 Mk. Hypotheken. Die Vertragsurkunde enthält hiernach zwei rechtlich selbständige, lästige Veräußerungsgeschäfte, von denen jedes für sich gemäß § 10 Abs. 2 Pr. StempG. nach der Tarifst. 32 Abs. 1 das. zu versteuern ist. Dabei ist es für die Stempelpflichtigkeit ohne Einfluß, daß offenbar nach dem Willen der Vertragschließenden das Bestehen jedes der beiden Veräußerungsgeschäfte durch das Bestehen des anderen Geschäfts bedingt sein, im wirtschaftlichen Sinne also ein Austausch der Grundstücke stattfinden sollte, denn nach § 3 Abs. 2 StempstG. ist das bedingte Geschäft ebenso zu versteuern wie das unbedingte. Haben die Vertragschließenden für die Verwirklichung ihrer Absicht, ihre Grundstücke wirtschaftlich auszutauschen, nicht die rechtliche Form eines einheitlichen Tauschvertrages, sondern die Form zweier selbständiger Veräußerungsgeschäfte gewählt, so müssen sie sich die der gewählten Form entsprechende Versteuerung gefallen lassen, denn für die Versteuerung ist nach den Bestimmungen des

Stempelsteuergesetzes regelmäßig die beurkundete rechtliche Erscheinung eines Geschäfts maßgebend, nicht aber seine wirtschaftliche Bedeutung. Inwiefern im vorliegenden Falle für die Erreichung des beabsichtigten wirtschaftlichen Zweckes die rechtliche Form des Tauschvertrages hätte gefunden werden können, ist hier nicht zu erörtern.

Die Frage, ob in den vorbezeichneten Fällen mit Recht das Vorhandensein eines Tauschvertrages verneint worden ist, erscheint nicht schlechthin jedem Zweifel entzogen. Von Interesse ist in dieser Beziehung das nachstehend auszugsweise mitgeteilte Urteil des IV. ZivSen. des RG. vom 16. März 1905 465. 04. Es beschäftigt sich mit der Haftpflicht eines Notars, der in Anspruch genommen wurde, weil er nach Ansicht des Klägers schuldvoll einen Grundstücksveräußerungsvertrag nicht so gefaßt hatte, daß dessen Versteuerung als doppelter Kaufvertrag (statt der eines einfachen Tauschvertrages) vermieden wurde.

Der Fall lag folgendermaßen: Der Kläger hatte mit einer Frau W. einen notariellen Vertrag geschlossen, inhalts dessen der Kläger ein ihm gehöriges Grundstück gegen ein Grundstück der W. vertauschte. Für jedes Grundstück wurde ein besonderer „Tauschpreis bestimmt". Der Tauschpreis des vom Kläger in Tausch gegebenen Grundstücks wurde in voller Höhe dadurch beglichen, daß in Anrechnung auf ihn Frau W. eingetragene Hypotheken von 204 000 Mk. übernahm. Kläger übernahm gleichfalls eingetragene Hypotheken des von Frau W. in Tausch gegebenen Grundstücks, jedoch nur in Höhe von 285 000 Mk., während der für dieses Grundstück bestimmte Tauschpreis 307 500 Mk. betrug. Den Mehrbetrag von 22 500 M. hatte Kläger bar zu entrichten. An nicht übernommenen Hypotheken hatte Kläger 41 000 Mk., Frau W. 5000 Mk. zur Löschung zu bringen. Durch ein rechtskräftig gewordenes Berufungsurteil wurde die Klage des Klägers auf Rückzahlung des von ihm auf Erfordern des Fiskus entrichteten doppelten Kaufvertragsstempels zurückgewiesen, weil der Vertrag in Wirklichkeit zwei Kaufverträge enthalte. Er klagte darauf gegen den Notar, der den Vertrag aufgenommen hatte, auf Ersatz der den einfachen Tauschstempel übersteigenden Stempelkosten. Das RG. bestätigte das diese Klage abweisende Berufungsurteil. Der hier in Betracht kommende Teil der Gründe des Revisionsurteils lautet:

Die Rechtsprechung ist auf diesem Gebiete der Stempelberechnung für Verträge der vorliegenden Art sich nicht immer gleich geblieben. Zutreffend weisen Hummel und Specht Kommentar zum StempstG. v. 31. 7. 95, S. 795 darauf sowie auf das Schwanken des Verwaltungsgebrauchs hin und erwähnen u. a. in Note 274 des in Sachen Fiskus w. Sch. (IV. 37, 93(ergangene Urteil des Senats v. 29. 6. 93, durch welches bei gleicher bürgerlich rechtlicher Gesetzesgrundlage (§§ 1, 362 ALR. I, 11) zur Geltungszeit des damaligen Preuß. StempG. vom 7. 3. 1822 (§ 5 e) ein Vertrag, der seiner Gestaltung nach dem gegenwärtigen umstrittenen Vertrage im wesentlichen gleich kam, als Tauschvertrag angesehen und darum die Nachforderung des zweiten Kaufstempels zurückgewiesen worden ist. Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung läßt sich in folgender Weise zusammenfassen.

Bei der Frage, ob ein Tauschvertrag oder ob zwei mit einander verbundene und in ihrem Bestande von einander abhängige Kaufverträge vorliegen, kommt es zunächst auf die gebrauchten Ausdrücke, insbesondere darauf, ob der Vertrag als „Tauschvertrag" bezeichnet, ob in ihm von einem „Verkaufen" oder „Vertauschen" die Rede ist und ob in wörtlicher Anlehnung an die reichsgerichtliche Rechtsprechung die Redewendung gebraucht wird, daß „die wechselseitige Übereignung der Grundstücke in dem unmittelbaren Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu einander stehen," überhaupt nicht an (vgl. insbesondere Entsch. des RG. 57, 266). Entscheidend ist vielmehr allein der objektive Inhalt des Vertrages, wie er sich aus der Vertragsurkunde ergibt. Weichen die Absichten der Parteien von dem Urkundeninhalt ab, so kann dies für das bürgerliche Recht von Bedeutung sein und sogar dazu führen, daß zwei in gesonderten Urkunden enthaltene Kaufverträge als ein einheitlicher Tauschvertrag beurteilt werden (Urt. des V. ZivSen. 5, 240, 97 JW. 98, 307[89], sowie v. 2. 2. 98, V 247, 97). In stempelrechtlicher Beziehung ist das aber bedeutungslos. Werden nun in dem Vertrage „Tauschpreise" oder „Tauschwerte" angegeben, so ist wiederum die Wahl des einen oder des anderen Ausdrucks für die rechtliche Kennzeichnung des Vertrages ohne Bedeutung. Wohl aber kommt es darauf an, ob derartige Angaben, bei vorhandenem Wertsunterschiede nur zur rechnerischen Begründung dafür dienen, daß zum Zweck der Wertausgleichung dem Erwerbe des wertvolleren Grundstücks eine besondere Leistung außer der Grundstücksübereignung auferlegt wird oder ob sie einen Bestandteil der Vertragsbestimmungen bilden dergestalt, daß der Grundstückserwerber den Tauschwert oder Tauschpreis nicht durch Hingabe seines Grundstücks, sondern ausschließlich durch andere Leistungen: Barzahlung, Übernahme von Hypotheken, Hingabe an Zahlungsstatt zu begleichen hat. Im ersteren Falle entsteht ein Tauschvertrag, im letzteren Falle entstehen zwei Kaufverträge. Es genügt indessen für die Annahme eines Tauschvertrages, wenn bei mehrgestaltiger Leistung des einen Vertragsteils die unmittelbare Abgeltung der einen Grundstücksübereignung durch die andere auch nur einen Teil der Gesamtleistung des Kontrahenten darstellt, ohne daß die Rechtsprechung darauf Gewicht gelegt hat, in welchem Verhältnis diese unmittelbare Abgeltung zu den sonstigen Leistungen beider Vertragspartien steht.

— vgl. die Urteile des VII. ZivSen. v. 26. 11. 01, Entsch. 50, 285, v. 15. 3. 04, Entsch. 57, 268 und v. 28. 6. 04, VII. 52, 04.*) —

Als unabweisbare Folge dieser Rechtsprechung ergibt sich die Richtigkeit der von Hummel und Specht 795 in Note 270 (sowie in den Beispielen S. 798 unter III b und S. 794 bei und in Note 267) entwickelten, mit der Rechtsauffassung des Berufungsrichters übereinstimmenden Ansicht, daß das Zustandekommen eines sich als Tauschvertrag darstellenden Vertrages rechtlich unmöglich sei, wenn auch nur das eine der Grundstücke — wie im Streitfalle — mit

*) S. diese Monatsschrift 1904, 275.

Hypotheken in Höhe des Tauschpreises belastet ist und diese zum vollen Betrage des Tauschpreises vom Erwerber übernommen werden sollen, denn in solchem Fall ist, — wie es in dem Urteile v. 28. 6. 04 heißt — jedes der beiden Grundstücke bei der Deckung des Werts des anderen unbeteiligt.

Es kann nun im gegebenen Falle nicht darauf ankommen, der Frage näher zu treten, ob in Rücksicht namentlich auf die rechtsgeschäftliche Einheitlichkeit des Vertrages der dem Urteil des erkennenden Senats v. 29. 6. 93 zu Grunde liegenden Rechtsauffassung auch bei der Anwendung des jetzt geltenden Landesstempelgesetzes der Vorzug zu geben sei vor der Zerlegung des Geschäfts in zwei Kaufverträge, auf welcher die neueren reichsgerichtlichen Entscheidungen beruhen. Denn die vorstehenden Ausführungen ergeben bereits, daß zunächst der dem Beklagten gemachte Vorwurf, er habe durch eine verfehlte Fassung des Vertrages unnötigerweise die Stempelsteuer verzweifacht vom Berufungsrichter schlechtweg mit Recht zurückgewiesen ist. Wird an der Entscheidung des Senats v. 29. 6. 93 festgehalten, so ist ein zweifacher Stempel überhaupt nicht entstanden; die Stempelaufforderung war alsdann unbegründet und somit keine Folge der Vertragsauffassung. Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt der späteren Entscheidungen, so ist dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß überhaupt keine Möglichkeit gegeben war, durch die Fassung des Vertrages der Entstehung der zweifachen Stempelsteuer vorzubeugen, gleichviel in welcher Ausdrucksweise und in welcher Gegenüberstellung der beiderseitigen Leistungen der Beklagte die Vereinbarungen der Vertragsparteien in der von ihm verfaßten Vertragsurkunde wiedergeben mochte. Der zweifache Kaufstempel ergab sich alsdann lediglich aus dem materiellen Inhalt der Vereinbarungen. Daß diese unter getreuer Wiedergabe des wirklichen Vertragswillens und mit zweifelsfreier Klarheit in der Notariatsurkunde ihren Ausdruck gefunden haben, läßt sich in keiner Weise bezweifeln und wird auch vom Berufungsrichter angenommen.

Die Revision hält an der in den Vorinstanzen vom Kläger entwickelten Ansicht fest, es sei unter allen Umständen möglich und eine Amtspflicht des Beklagten gewesen, dem Vertrage eine die Stempelnachforderung ausschließende Fassung zu geben, auch wenn Beklagter den Inhalt der Abmachungen, so wie sie ihm von den Kontrahenten angegeben wurden, unverändert ließ. Wenn der Berufungsrichter darauf hinweise, daß bei der vollen Belastung des einen mit 204 000 Mk. bewerteten Grundstücks durch Hypotheken von seinem Werte kein Überschuß geblieben sei, der als Gegenleistung gegen den bei dem anderen Grundstückswerte vorhandenen Überschuß über die Hypotheken verwendbar gewesen sei, so liege dem die rechtsirrtümliche Annahme zu Grunde, daß beim Grundstückstausch nicht die Grundstücke gegen einander ausgetauscht würden, sondern die Überschüsse der Grundstückswerte über die Belastungen. Die Auffassung des Berufungsrichters führe zu der Konsequenz, daß ein Tausch unmöglich sei, wenn z. B. bie beiden Grundstücke den gleichen Wert hätten und beide in der vollen Höhe dieses Werts mit Hypotheken belastet seien. In Wirklichkeit stehe der Abfassung eines wahren Tauschvertrages weder der Umstand entgegen, daß die Grundstücke wie immer mit Hypotheken belastet seien, noch der Umstand, daß eine Ausgleichung der in Geld veranschlagten Grundstückswerte durch bare Zuzahlung oder durch Übernahme von Hypotheken erfolgen soll, wobei die Revision auf das bereits im Tatbestande erwähnte Urteil des Senats v. 30. 11. 96 (JW. 1897, 69[25]) verweist. Beklagter hätte also — entsprechend dem Vertragsschema, welches (übrigens im wesentlichen übereinstimmend mit der in Holdheims MSchr. 11, 274 empfohlenen Vertragsfassung) bereits in der Vorinstanz von klägerischer Seite aufgestellt war, nur nötig gehabt, die Grundstückswerte unmittelbar gegen einander auszugleichen und ebenso eine Ausgleichung der beiderseitigen Hypothekenübernahme, diese wiederum für sich allein zu bewerkstelligen, worauf das bei der einen und das bei der anderen Ausgleichung gefundene Ausgleichungsguthaben gegen einander auszutauschen gewesen wären; in solchem Falle würde nach Meinung der Revision Beklagter gleichfalls auf eine vom Kläger zu leistende Ausgleichszahlung von 22500 Mk. hinausgekommen, der zweifache Stempel aber vermieden worden sein. Dem kann nicht beigetreten werden. Wird davon ausgegangen, daß die Wertsausgleichnung oder vielmehr eine Vereinbarung, wonach in Rücksicht auf den etwa vorhandenen Wertsunterschied der eine Vertragsteil neben der Grundstücksübereignung sich zu einer ausgleichenden Leistung verpflichtet, kein wesentliches Begriffsmerkmal des Tauschvertrages bildet, wird vielmehr der Tauschvertrag dadurch allein als rechtlich gekennzeichnet erachtet, daß die beiden Grundstücke im vereinbarten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wechselseitig übereignet werden sollen und käme man auf diesem Wege mit der Revision dahin, die Möglichkeit eines Grundstückstausches unter Übernahme der dem vollen Grundstückswerte entsprechenden Hypothekenbelastung anzuerkennen, so würde unter allen diesen Voraussetzungen immer nur die Rechtmäßigkeit der Stempelnachforderung und damit zugleich der erhobene Klageanspruch an Halt verlieren. Ob nach dem jetzigen Stande der Rechtsprechung das Vertragsschema des Klägers den zweimaligen Kaufstempel ausschlösse, bedarf dabei keiner näheren Erörternng. Kläger will durch eine andere Art, in der er die beiderseitigen Vertragsleistungen einander gegenüberstellt, der stempelrechtlichen Zerlegung in zwei Kaufverträge vorbeugen, eignet sich aber den ihr zu Grunde liegenden Gedanken der Zergliederung des Vertrages selbst an. Die Grundstücke sollen, wie wenn sie unbelastet wären, gegen einander vertauscht und daneben, wiederum gewissermaßen tauschweise, die wechselseitige Übernahme der Hypotheken bewerkstelligt werden. Ob vorkommendenfalls ein solcher Vertrag nicht gleichwohl mit dem zweifachen Kaufstempel zu versteuern sein würde, wenn er in Rücksicht auf die unverkennbare Absicht der Gesetzesumgehung unabhängig von der ihm gegebenen künstlichen Doppelgestalt auf den wahren sachlichen Inhalt hin geprüft wird (vergl. Entsch. des RG. 57. 267), kann auf sich beruhen bleiben. Denn in keinem Falle darf es als die Aufgabe eines mit der Aufnahme von Verträgen befaßten Richters oder Notars gelten, auf die Gefahr hin, daß die Rechtsfolgen der getroffenen Vereinbarungen sachlich dadurch verschoben werden, einfache und klare Vertragsformen zu vermeiden und nur aus Gründen einer versuchten Stempelverminderung an deren Stelle Vertragsfassungen auszusinnen, wie sie nach Meinung des Klägers im gegebenen Falle ihm selbst und seinem Vertragsgenossen zu unterbreiten gewesen wären. Endlich dürfte vom Beklagten auch nicht erwartet werden, daß er, die spätere Entwickelung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung voraussehend,

die Vertragsparteien in der Weise aufklärte, der zweimalige Kaufstempel lasse sich vermeiden, wenn sie die Hypothenübernahme mit Bezug auf das Grundstück Köslinerstr. 4 einschränkten, die Verpflichtung des Klägers zur Entlastung dieses Grundstücks von Hypotheken entsprechend ausdehnten und dadurch den Anforderungen der Rechtsprechung nachkommend, Raum schafften für eine, wenn auch nur beschränkte unmittelbare Abgeltung der einen Grundstücksübereignung durch die andere. Der Berufungsrichter hebt dabei zutreffend hervor, daß Beklagter als Notar nicht mit der Beratung der Parteien über die sachliche Ausgestaltung des beabsichtigten Vertrages befaßt war, seine Aufgabe vielmehr lediglich darin bestand, das, was die Parteien vereinbarten, in eine klare, ihrem wahren Willen entsprechende Rechtsform zu bringen.

* * *

Nr. 15. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Erbbaurecht. Nicht nur der auf Übertragung eines bereits bestehenden Erbbaurechts, sondern auch der auf Begründung eines Erbbaurechts gerichtete Vertrag unterliegt dem Immobiliarveräußerungsstempel der Tarifst. 32.

Urt. des VII. ZivSen. vom 16. Mai 1905. 578. 04.

Das Erbbaurecht ist keine unbewegliche Sache, aber nach § 1017 Abs. 1 BGB. gelten für dasselbe die sich auf Gundstücke beziehenden Vorschriften: es wird also einer unbeweglichen Sache gleichgeachtet. Deshalb fällt ein lästiger Vertrag, der auf die Übertragung eines bereits bestehenden Erbbaurechts gerichtet ist und einen Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten bezweckt, unbedenklich unter die Tarifst. 32, wie auch die dingliche Übereignung sich in den Formen der Auflassung vollzieht und stempelrechtlich nach Tarifst. 8 zu behandeln ist (§ 1017 Abs. 2 BGB). Zweifelhaft kann nur sein, ob der obligatorische, auf die Begründung eines Erbbaurechts abzielende Vertrag der gleichen Betrachtung unterliegt. Darüber besteht kein Streit, daß die Veräußerungsgeschäfte der Tarifst. 32 in dem engeren, die Belastung nicht umfassenden Sinne zu nehmen sind, daß mithin bei körperlichen Sachen die Veräußerung zu vollem Eigentum gegeben sein muß, während die Einräumung bloßer Gebrauchs- und Nutzungsrechte, die Bestellung von Dienstbarkeiten und Pfandrechten, ebenso wie die Miete und Pacht, keine Veräußerungsgeschäfte der Tarif. 32 sind (Hummel-Specht, Kommentar, Anm. 14, 15, 28 zu Tarifst. 32). Wäre daher in der Bestellung eines Erbbaurechts lediglich die Belastung eines Grundstücks, ähnlich der Einräumung einer persönlichen Dienstbarkeit zu erblicken, so müßte für die stempelrechtliche Beurteilung die Tarifst. 32 ausscheiden. Das Erbbaurecht ist aber nicht, wie es nach dem Wortlaute des § 1012 BGB. scheinen könnte, schechthin nur Belastung, es wird vielmehr, weil die Stellung des Berechtigten sich dem Eigentum nähert, nach dem schon erwähnten § 1017 BGB., wie ein Grundstück behandelt. Darum verpflichtet sich, wer ein Erbbaurecht zu gewähren verspricht, nicht bloß zu einer entsprechenden Belastung seines Grundstücks, sondern zur Schaffung eines einem Grundstücke gleichgeachteten Rechtes, und darum schreibt auch das Gesetz vor, daß die nach § 873 BGB. zur Begründung des Erbbaurechts erforderliche Einigung in der Form der Auflassung, wenn schon ohne die Beschränkungen des Abs. 2 des § 925 BGB., vor sich zu gehen habe (§ 1015 BGB). Der Besteller eines Erbbaurechts entäußert sich eines grundstücksgleichen Rechtes und von dieser Seite betrachtet, handelt es sich nicht sowohl um eine Beschränkung des Eigentums, wie um eine Neubegründung eines Rechtes, welches ebenso, wie der dem Besteller verbleibende Grund und Boden, nach den für Grundstücke geltenden Normen am Rechtsverkehre teilnehmen soll. Es unterliegt deshalb auch keinem Bedenken, den obligatorischen Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts als Veräußerungsgeschäft, das ein einer unbeweglichen Sache gleichgeachtetes Recht betrifft, anzusehen. Der Wortlaut der Tarifst. 32 steht dieser Auffassung nicht zwingend entgegen und im Sinn des Gesetzgebers kann es gewiß nicht gelegen haben, Veräußerungen bestehender Erbbaurechte dem einprozentigen Stempel des Tarifs zu unterwerfen, dagegen den Vertrag, durch den ein Erbbaurecht erst entstehen soll, von diesem Stempel freizulassen. Es war daher der Meinung der Vorinstanzen, die übrigens nicht, wie der Revisionsgegner annimmt, von Hummel-Specht geteilt wird (Anm. 15, 20 Ziff. 2 zu Tarifst. 32, anders Heinitz 2. Aufl. Ziff. 2 B zu Tarifst. 8 S. 276 und Ziff. 2, 4 B b c), beizutreten.

* * *

Nr. 16. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Erfindung. Die gegen Entgelt erfolgende Übertragung des ausschließlichen Rechts zur Benutzung und Verwertung einer patentfähigen, aber nach nicht patentierten Erfindung unterliegt dem Veräußerungsstempel der Tarifst. 32 Abs. 1 zu c.

Urt. des VII. ZivSen. vom 10. April 1906. 301. 05.

Inhalts der Urkunde vom 11. 1. 04 verpflichtet sich H., der Klägerin das ausschließliche Benutzungsrecht seiner Erfindung sowie das ausschließliche Verwertungsrecht der für sie erteilten oder noch zu erteilenden Patente gegen ein bestimmtes Entgelt zu überlassen, und die Klägerin nimmt diese Verpflichtung an. Die Annahme des Berufungsrichters, daß dieser beurkundete Vertrag dem Stempel der Tarifst. 32 c des genannten Stempelsteuergesetzes unterliege, entspricht der ständigen Rechtsprechung des RG., insondere auch des jetzt erkennenden Sen. (vgl. Urt. v. 20. Okt. 1903 VII, 229 03). Die hiergegen von der Revision gerichteten Angriffe sind ungerechtfertigt.

Unbegründet ist die Ausführung der Klägerin, der Vertrag sei nicht als Veräußerungsvertrag, sondern als ein nach der Tarifst. 71 Ziff. 2 nur mit 1,50 Mk. zu versteuernder Vorvertrag zu einem Veräußerungsvertrage anzusehen. Eine gewisse Stütze findet diese Ausführung in der Fassung des Vertrages. Zwar stellt ein der Tarifst. 32 unterliegender Veräußerungsvertrag nicht schon den Akt der Übereignung selbst dar, begründet vielmehr nur die persönliche Pflicht, die Übereignung zu bewirken. Bei Veräußerungsverträgen aber, deren Gegenstand ein durch bloße Abtretung übertragbares Recht ist (§§ 398, 413 BGB.), wird regelmäßig im Vertrage mit der Übernahme der Ver-

pflichtung zur Übereignung die Übereignung selbst durch Abtretung verbunden. Eine solche Übereignung ist hier nicht erfolgt, vielmehr räumt in § 2 H. der Klägerin nur das Recht ein, seine Erfindung zu erwerben und verpflichtet sich, sie ihr zu den aufgeführten Bedingungen zu überlassen. Die Übernahme und Annahme dieser Verpflichtung in Verbindung mit der Gebundenheit des anderen Teiles zum Erwerbe reichen aber zum Abschlusse des Veräußerungsvertrages aus. Der Mangel der gleichzeitigen Übereignung selbst erklärt sich daraus, daß der Vertrag noch kein endgültiger, seine Verwirklichung vielmehr noch von der bis zum 30. 9. 04 von der Klägerin abzugebenden Erklärung abhängig war. Erfolgte diese einseitig abzugebenden Erklärung im bejahenden Sinne, so bedurfte es nicht einer Annahme dieser Erklärung von der anderen Seite oder einer sonstigen neuen Vereinbarung, vielmehr galt in diesem Falle der Veräußerungsvertrag, dessen Bestandteile in der Urkunde schon sämtlich genau bestimmt waren, nach der ausdrücklichen in § 3 enthaltenen Vereinbarung als endgültig abgeschlossen. Zur Begründung der Übereignungsverpflichtung bedurfte es hiernach nicht noch des Abschlusses eines auf Veräußerung gerichteten Hauptvertrages, die Urkunde vom 11. 1. 04 enthielt vielmehr schon den, wenn auch bedingten, Veräußerungsvertrag selbst. Dieser Vertrag ist nicht, was die Revision auszuführen versucht hat, ein bloßer sogenannter „Lizenzvertrag", also ein Vertrag, durch den der Patentberechtigte gegenüber einem anderen nur persönlich auf den Einspruch gegen die Erfindung verzichtet und wobei der andere nur insoweit einer Ausschließung Dritter teilnimmt, als der Patentberechtigte sich ihm gegenüber zum Schutze gegen die Benutzung der Erfindung durch Dritte besonders verpflichtet hat. Denn nach den §§ 2, 3 ist Gegenstand der Veräußerung ein dauerndes, gegen jeden Dritten wirkendes Recht, nämlich das „ausschließliche Benutzungsrecht der Erfindung" und das „ausschließliche" Verwertungsrecht der auf sie erteilten oder noch zu erteilenden Patente und nach den §§ 4, 5 ist die Klägerin berechtigt, schon vor Abgabe ihrer Erklärung, Torpedos auf Grund der Erfindung des H. für eigene Rechnung oder für fremde Regierungen anzufertigen und zu liefern und Patente auf den Namen des Erfinders nachzusuchen. Zwar bezeichnen die Vertragsschließenden in der Urkunde selbst den Vertrag mehrfach als „Lizenzvertrag"; für die Stempelpflichtigkeit eines Geschäfts ist aber nicht die Auffassung der Beteiligten von der rechtlichen Natur des Geschäfts entscheidend, sondern der sachliche Inhalt der Urkunde und die Art der aus diesem sich ergebenden Rechte und Pflichten. Überdies ist der Sprachgebrauch hinsichtlich des Wortes „Lizenz" im Verkehrsleben ein schwankender, was der jetzt erkennende Senat bereits im oben erwähnten Urteile v. 20. Okt. 1903 dargelegt hat, und schon deshalb ist auf den Gebrauch der Bezeichnung „Lizenzvertrag" kein ausschlagebendes Gewicht zu legen. Auch der Umstand steht der Anwendung der Tarifst. 32c nicht entgegen, daß das ausschließliche Recht zur Ausnutzung der Erfindung hier nur für einen räumlich begrenzten Bezirk, nämlich unter Ausschluß des Gebietes der Vereinigten Staaten von Nordamerika, und mit einer Produktionsbeschränkung, nämlich lediglich für Torpedozwecke, übertragen ist. Durch derartige Einschränkung wird die Natur des übertragenen Rechts als eines dauernden, gegen jeden Dritten wirksamen nicht beseitigt. (Entsch. des RG. 31, 295).

Die Rüge der Revision, ein Kaufvertrag sei nicht vorhanden, da nach § 1 des Vertrages das übertragene deutsche Patent noch nicht erteilt war, erledigt sich dadurch, daß inhalts der Urkunde für andere Länder die Erteilung von Patenten schon erfolgt war, daß überdies aber auch schon vor der Erteilung eines Patentes ein veräußerliches Recht des Erfinders zur Ausnutzung seiner Erfindung besteht (Entsch. des RG. 29, 49, JW. 1896, 192[28], 1900, 557[9]). Die von der Revision hiergegen angeführten Zitate beziehen sich auf den hier nicht vorliegenden Fall, daß es sich um die Übertragung eines Rechts aus einer nicht patentfähigen Erfindung handelt.

Auch die Annahme des Berufungsrichters, daß die Urkunde einen Kauf auf Probe im Sinne des § 495 BGB. enthalte, ist nicht zu beanstanden. Die Erklärung der Klägerin darüber, ob sie die Erfindung des H. endgültig erwerben will, soll „auf Grund der von ihr vorzunehmenden Versuche" erfolgen. Wenn nun auch die Billigung der Erfindung im Belieben der Klägerin stand, so gilt doch der Kauf im Zweifel als unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen (§ 495 a. a. O.). Bedingte Verträge unterliegen aber nach § 3 Abs. 2 des Stempelsteuergesetzes demselben Stempel wie unbedingte (vgl. das oben erwähnte Urteil v. 20. 10. 03 und Entsch. des RG. 34, 302).

Die Bedenken endlich sind unbegründet, welche die Revision daraus entnimmt, daß der Berufungsrichter „von einem bereits mündlich zustandegekommenen Kaufe" spricht. Für die Stempelpflichtigkeit einer Vertragsurkunde ist es ohne Bedeutung, ob der Vertrag schon vor der Beurkundung in mündlicher Form rechtsgültig vereinbart war oder ob er erst durch den schriftlichen Abschluß zustande gekommen ist; der Stempel ruht auf der Urkunde und nur auf ihr

* * *

Nr. 17. Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge). Kauf auf Probe. Auch Urkunden über einen Kauf auf Probe unterliegen dem Kaufstempel der Tarifst. 32.

S. das vorstehende Urt. v. 10. April 1906. 361. 05.

* * *

Nr. 18. Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge). Veräußerung eines Handelsgeschäftes. Wenn ein Handelsgeschäft als Ganzes veräußert wird, so ist nicht ein abstrakter Begriff der Gegenstand des Vertrages, sondern die Summe der zu dem Geschäft gehörigen einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten*). Soweit hiernach andere Gegenstände als Forderungen und unbewegliche Sachen den Gegenstand der Veräußerung bilden, ist der Kauf-

*) Vgl. Entsch. des RG. 46, 266.

stempel der Tarifst. 32 Abs. 1 zu c mit 1/8 % zu entrichten.

Urt. des VII. ZivSen. vom 23. Nov. 1906. 56. 06.

* * *

Nr. 19. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Übernahme von Geschäftsschulden. Bei der Veräußerung eines Handelsgeschäftes als eines Ganzen stellt sich die Übernahme der zum Geschäft gehörigen Verbindlichkeiten durch den Erwerber für die Versteuerung als eine ausbedungene Leistung im Sinne der Tarifst. 32 dar, deren Wert bei der Versteuerung dem der Berechnung der Stempelabgaben zu Grunde zu legenden Veräußerungspreise hinzuzurechnen ist.

Urt. des VII. ZivSen. vom 23. Nov. 1906. 56. 06.

* * *

Nr. 20. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Befreiungsvorschrift Nr. 2 (Stempelfreiheit der von Ascendenten an Descendenten erfolgenden Veräußerungen). Diese Befreiungsvorschrift findet keine Anwendung, wenn in eine aus Vater und Söhnen bestehende offene Handelsgesellschaft der Vater ihm gehörige Gegenstände einbringt.

Urt. des VII. ZivSen. vom 31. März 1905. 405. 04.

Stellt die offene Handelsgesellschaft auch keine selbständige Rechtspersönlichkeit dar, so sind die mehreren Gesellschafter doch nur in ihrer Zusammenfassung die Träger der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten. In dem Urteile des erkennenden Sen. v. 11. 12. 03, — Entsch. des RG. 56, 206 — ist unter eingehender Begründung dargelegt, daß auch nach dem Inkrafttreten des BGB. und des HGB. n. F. die offene Handelsgesellschaft, ebenso wie die offene Handelsgesellschaft des früheren HGB. und die Gesellschaft des BGB. keine juristische Person ist, sich ihr aber nähert, daß die vereinigten Gesellschafter zwar die Träger des Gesellschaftsvermögens sind, dieses jedoch ein selbständiges ist und an ihm eine Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht, so daß der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft, wenn er von ihr zum Gesellschaftsvermögen gehörige Gegenstände erwirbt, gleich einem Dritten gegenübersteht und die Gegenstände aus dem Vermögen der Gesellschaft in ihrer Totalität, nicht als zum Teil ihm selbst gehörende Sachen erwirbt. Auf demselben Standpunkte stehen die späteren Urteile des erkennenden Sen. v. 26. Jan. 1904. — Entsch. des RG. 56, 430. — und v. 3. 6. 04. VII 10. 04.*) Von diesem Standpunkte aus, an dem festzuhalten ist, ergibt sich für den jetzigen Fall, in dem der eine Gesellschafter der Gesellschaft ein Grundstück übertragen hat, die Auffassung, daß dieser Gesellschafter bei der Übertragung der Gesellschaft als Dritter gegenüberstand und die Gesellschaft in ihrer Totalität die Erwerberin war. Die Individualität der einzelnen Gesellschafter, das besondere verwandtschaftliche Verhältnis, in dem sie zu einander stehen, kann hierbei nicht in Betracht kommen.

*) S. diese MSchr. 1904, 209.

* * *

Nr. 21. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Befreiungsvorschrift Nr. 3. Unmittelbarer Verbrauch im Gewerbe des Käufers. Die Befreiungsvorschrift greift nicht Platz, wenn die Sachmengen Zwecken dienen sollen, die zwar auch den Gewerbebetrieb fördern, und zu ihm in Beziehung stehen, aber außerhalb des eigentlichen Betriebes liegen und nicht notwendig zu ihm gehören.

Urt. des VII. ZivSen. vom 12. Okt. 1906. 33. 06.

Über die Frage, ob die für die Bedürfnisse der Eisenbahnverwaltung erfolgende Lieferung von Petroleum an den Eisenbahnfiskus stempelfrei sei, hat sich das RG. wie folgt ausgesprochen:

Nach der in dem Urteile des IV. ZivSen. des RG. v. 20. Okt. 1898 (Entsch. 42, 233) ausführlich mitgeteilten Entstehungsgeschichte der Befreiungsvorschrift in Abs. 11 Nr. 3 der Tarifst. 32 ist es unzweifelhaft, daß diese Vorschrift einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich ist. Ihr Wortlaut stellt klar, daß nur Verträge über die Lieferung von Mengen verbrauchbarer Sachen d. i. solcher Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht (vergl. § 92 BGB.), von Kaufstempel befreit sein sollen. Dazu tritt das fernere Erfordernis, daß die Sachen zum unmittelbaren Verbrauch in einem Gewerbe dienen müssen. Der Hinzufügung des Wortes „unmittelbar" hätte es kaum bedurft, wenn damit nur nochmals hätte gesagt sein sollen, daß der Verbrauch ohne den vermittelnden Faktor der Abnutzung, lediglich vermöge der den Sachen innewohnenden Bestimmung, durch ihre Zerstörung oder Auflösung genutzt zu werden, stattzufinden habe. Deshalb ist das Gesetz mit der bisherigen Rechtsprechung und mit der Literatur (vergl. Hummel-Specht Anm. 105 zur Tarifst. 32 S. 846) dahin auszulegen, daß es sich um einen Verbrauch unmittelbar im Gewerbe des Käufers handeln muß, daß mithin die Befreiungsvorschrift nicht Platz greift, wenn die Sachmengen Zwecken dienen sollen, die zwar auch den Gewerbebetrieb fördern und zu ihm in Beziehung stehen aber außerhalb des eigentlichen Betriebes liegen und nicht notwendig zu ihm gehören. Es ist der Revision zuzugeben, daß die Abgrenzung dessen, was unmittelbar in den Bereich des Betriebes fällt, von dem, was ihm nur mittelbar dient, im Einzelfalle schwierig sein kann, und daß hier der Auslegung ein gewisser Spielraum gegeben ist. Allein im vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter bedenkenfrei festgestellt, daß das zu liefernde Petroleum ganz allgemein für die Bedürfnisse der Eisenbahnverwaltung, insbesondere auch für die Beleuchtung der Bureauräume der Eisenbahndirektion und andere Verwaltungsstellen sowie einzelner Dienstwohnungen bestimmt gewesen sei. Wollte man

nun auch mit der Revision annehmen, daß unmittelbar dem Eisenbahnbetriebe nicht nur das rollende Material und die Räume der Stationsgebäude gewidmet sind, sondern auch die Gebäude, von denen aus der Betrieb eingerichtet und geleitet wird, so kann man doch keinesfalls allgemein die Dienstwohnungen der Eisenbahnbeamten in einen solchen Zusammenhang mit dem Betriebe bringen. Sofern sie den Angestellten der Bahnverwaltung angemessene Unterkunft für sich und ihre Familien gewähren und die Verbindung mit den Stätten ihrer amtlichen Tätigkeit erleichtern, dienen auch sie dem Betriebsinteresse, aber nicht unmittebar dem Betriebe. Da in den Verträgen die Preise nicht nach den Räumen geschieden sind, deren Beleuchtung durch das zu liefernde Petroleum erfolgen sollte, so war der Stempel ohne Rücksicht auf die Befreiungsvorschrift in Abs. 11 gemäß der Tarifst. 32 nach dem Gesamtpreise zu berechnen (§ 10 StempstG.).

* * *

Nr. 22. Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge) Befreiungsvorschrift Nr. 3. Herstellung im Stempelinlande. Auf die dem preußischen Stempelgesetz unterworfene Veräußerung der im deutschen Reich außerhalb Preußens hergestellten oder erzeugten Sach- oder Warenmengen findet die Befreiungsvorschrift keine Anwendung.

Urt. des VII. ZivSen. vom 1. Mai 1906. 398. 05.

Die Befreiungsvorschrift Nr. 3 der Tarifst. 32, aus der die Klägerin die beanspruchte Stempelbefreiung herleitet, bestimmt in ihrem hier in Betracht kommenden Teile, daß Kauf- und Lieferungsverträge über Mengen von Sachen oder Waren befreit sind, sofern diese „im Inlande" in dem Betriebe der Vertragschließenden erzeugt oder hergestellt sind. Inland im Sinne des Stempelsteuergesetzes und des Tarifs ist nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes dessen Geltungsbereich, also das Gebiet des preußischen Staates mit Ausnahme der Hohenzollernschen Lande und der Insel Helgoland. Diesem Geltungsbereich gehört der Ort Friedrichsfeld, wo die den Gegenstand des zur Versteuerung gezogenen Lieferungsvertrages bildenden Waren im Betriebe der Klägerin hergestellt sind, nicht an. Die Befreiungsvorschrift Nr 3 kann hiernach im vorliegenden Falle keine Anwendung finden. Für diese Anwendung macht es keinen Unterschied, ob der Eigentümer des Betriebes, in dem die Herstellung erfolgt ist, nach seiner Staatsangehörigkeit Preuße oder Nichtpreuße ist, entscheidend ist vielmehr allein die Lage des Herstellungsorts.

Auch die Entstehungsgeschichte der Befreiungsvorschrift gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß auch Lieferungsverträge über solche Waren an der Befreiung teilnehmen sollten, die in einem anderen Bundesstaate des deutschen Reiches als in Preußen hergestellt sind. Die Befreiungsvorschrift hat ihre Wurzel in der „Anmerkung" zur TarifNr. 4 des RStempG. v. 29. 5. 85, inhalts deren Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über im Inlande von einem der Kontrahenten erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waren steuerfrei waren. In dieser Vorschrift des für das ganze deutsche Reich geltenden Gesetzes konnte freilich unter dem Inlande nur das gesamte Reichsgebiet verstanden werden. Mit Rücksicht auf die zwingende Natur des Reichsrechts durften hiernach auch diejenigen Lieferungsverträge nicht einem Landesstempel unterworfen werden, deren Gegenstand in Preußen hergestellte Waren waren. Dieser Rechtszustand wurde durch das RStempG. v. 27. 4. 94 geändert. In diesem wurde, unter Beseitigung der vorbezeichneten „Anmerkung", durch die Befreiungsvorschrift Ziffer 2 zur TarifNr. 4 bestimmt, daß der Anschaffungsstempel nicht erhoben werde, falls die Waren, welche Gegenstand eines nach Nr. 4b stempelpflichtigen Geschäfts sind, von einem der Vertragschließenden im Inlande erzeugt oder hergestellt sind. Auch hier ist unter „Inland" das gesamte Gebiet des deutschen Reiches zu verstehen. Der Kreis der befreiten Geschäfte ist jedoch gegen die frühere Zeit wesentlich eingeschränkt, denn er umfaßt nur die in der Nr. 4b bezeichneten Geschäfte, und unter diese Nummer fallen nur Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte, welche unter Zugrundelegung von Usancen einer Börse über Mengen von Waren geschlossen werden, die börsenmäßig gehandelt werden. Diese Änderung ist, wie die Motive des neuen Gesetzes ausdrücklich anerkennen (Druckf. Nr. 52, S. 14, 15), erfolgt, weil durch die der „Anmerkung" vom Reichsgericht gegebene Auslegung dem Landesstempel in verschiedenen Bundesstaaten eine Reihe von Lieferungsverträgen entzogen worden waren, an deren Befreiung bei Erlaß jener Bestimmung von keiner Seite gedacht worden war, und es deshalb wünschenswert erschien, der Landesgesetzgebung bezüglich der Versteuerung dieser Verträge wieder freie Hand zu lassen. Die Motive führen weiter aus, die durch die „Anmerkung" außer Kraft gesetzten landesgesetzlichen Steuervorschriften würden durch die Beseitigung der Anmerknng nicht ohne weiteres wieder in Geltung treten, vielmehr würde es des Erlasses neuer landesgesetzlicher Bestimmungen bedürfen, falls eine Besteuerung der von den Produzenten geschlossenen Verträge eintreten sollte. Von dem hiernach für die Landesgesetzgebung freigewordenen Besteuerungsrecht hat der preußische Staat sofort bei dem Erlaß des StempG. v. 31. 7. 95 insofern Gebrauch gemacht, als er durch die Tarifst. 32 allgemein die lästigen Veräußerungsverträge einem Stempel unterwarf. Von diesem Stempel waren fortan nur die obenbezeichneten Veräußerungsgeschäfte über börsenmäßig gehandelte Waren frei. Ein solches Geschäft liegt hier nicht vor. Wenn nun das preußische StempG. eine besondere, landesgesetzliche Befreiung geschaffen hat, indem es Kaufverträge befreite, die über im Inlande in dem Betriebe eines der Vertragschließenden erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waren geschlossen sind, und wenn es gleichzeitig im § 2 bestimmte, daß unter Inland der Geltungsbereich des Gesetzes, also nur Gebietsteile des preußischen Staates, verstanden werden sollten, so kann nicht zweifelhaft sein, daß in dee Befreiungsvorschrift der Tarifst. 32 das Wort Inland nur im Sinne des § 2 a. a. O. verstanden werden kann und daß daher Verträge über Waren, die in außerpreußischen Gebietsteilen des deutschen Reiches hergestellt sind, von der Befreiung nicht getroffen werden. Diese Einschränkung hat auch einen guten Sinn. Das preußische StempstG. hat den Zweck, dem preußischen Staat Einnahmen aus der Steuerkraft seiner Staatsbürger zuzuführen. Wenn nun der Staat hier zu Gunsten der Produzenten der im preußischen Staatsgebiet

hergestellten Waren auf den Stempel verzichtet, so erklärt sich das, abgesehen von anderen Gründen, schon daraus, daß durch eine solche Befreiung die Neigung, im Staatsgebiet Waren herzustellen, erhöht, damit die Industrie des Landes gefördert und der Wohlstand und die Steuerkraft allgemein gehoben wird. An der an sich wünschenswerten Förderung der Industrie der übrigen Länder des deutschen Reiches hat der preußische Staat nicht ein soweit gehendes Interesse, daß er zu Gunsten dieser Indnstrie auf Einnahmen verzichten müßte, die er benötigt und die er zu erheben nicht gehindert ist. Daß die Reichsgesetzgebung eine so weitreichende Rücksichtnahme des einzelnen Bundesstaats auf das finanzielle Interesse der anderen Bundesstaaten nicht für erforderlich erachtet hat, ergibt sich aus der Aufhebung der durch die „Anmerkung" allgemein gewährten Befreiung.

Auf einem anderen Standpunkte scheint die von der Revision in Bezug genommene Allgem. Verf. des preuß. Finanzministers v. 30. 1. 97 (ZBl. f. Abgabenusw. Verwaltung 1897, 45) zu stehen. Sie führt aus, zwar könne in der Befreiungsvorschrift 3 zur Tarifst. 32 unter „Inland" nur der Geltungsbereich des Gesetzes verstanden werden, es würde indessen den Grundsätzen des Art. 3 Abs. 1 der Reichsverfassung und des Art. 26 Abs. 2 des — durch Art. 40 der Reichsverfassung aufrecht erhaltenen — Zollvereinigungsvertrages vom 8. Juli 1867 zuwiderlaufen, wenn die den preußischen Betrieben bewilligte Stempelbefreiung den in sonstigen Gebietsteilen des deutschen Reiches befindlichen Betrieben versagt würde; da ein auf Reichsgesetz und Staatsvertrag beruhender Grundsatz durch Landesgesetz nicht abgeändert werden könne, erkläre sich die Finanzverwaltung damit einverstanden, daß die durch die genannte Tarifstelle angeordnete Stempelbefreiung auch dann zur Anwendung komme, wenn die den Gegenstand der Verträge bildenden Sachen oder Waren zwar nicht im Geltungsbereich des Stempelsteuergesetzes, jedoch innerhalb des deutschen Reichs in dem Betriebe eines der Vertragschließenden erzeugt oder hergestellt seien. Der in dieser Verfügung ausgesprochenen Auffassung der Finanzverwaltung kann aber nicht beigetreten werden. Der Art. 3 Abs. 1 der Reichsverfassung bestimmt:

> „Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsamer Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Untertan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes denselben gleich zu behandeln ist."

und der Art. 26 Abs. 2 des Zollvereinigungsvertrages lautet:

> „Von den Angehörigen eines Vereinsstaates, welche in dem Gebiete eines anderen Handel und Gewerbe treiben, oder Arbeit suchen, soll keine Abgabe entrichtet werden, welcher nicht gleichmäßig die in demselben Gewerbeverhältnisse stehenden eigenen Angehörigen unterworfen sind."

Diese Vorschriften des Reichsgerichts haben die Bedeutung, daß Angehörige eines jeden Bundesstaats in jedem anderen Bundesstaat als Inländer zu behandeln und zum Genusse der bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen sind, daß sie insbesondere beim Betriebe von Handel und Gewerbe in einem anderen Bundesstaate keine Abgabe entrichten sollen, welcher nicht gleichmäßig die in demselben Gewerbeverhältnisse stehenden eigenen Angehörigen unterworfen sind. Von einer Gleichstellung der in einem Bundesstaat vorhandenen Betriebe mit den in jedem anderen Bundesstaate vorhandenen ist aber in diesen Vorschriften nichts enthalten. Diese werden nicht verletzt, wenn im vorliegenden Falle von den Eigentümern des in Baden liegenden Betriebes der preußische Kaufstempel erhoben wird, denn ein „in demselben Gewerbeverhältnisse stehender" Preuße, also ein solcher, der Eigentümer eines in Baden liegenden Betriebes wäre, würde, wie oben dargelegt ist, in gleicher Weise, ungeachtet der Befreiungsvorschrift 3 der Tarifst. 32, zur Entrichtung des Kaufstempels herangezogen werden müssen, wenn er in diesem außerpreußischen Betriebe hergestellte Waren veräußern würde. Hiernach kann es dahingestellt bleiben, ob die von den Vorinstanzen vertretene Ansicht zu billigen ist, daß die in den angeführten beiden reichsgesetzlichen Vorschriften den Angehörigen der einzelnen Bundesstaaten gewährte, sie den Angehörigen aller anderen Bundesstaaten gleichstellende Vergünstigung nur physischen Personen zugestanden ist, nicht also den juristischen Personen und insbesondere nicht der klagenden Aktiengesellschaft.

Auch die durch die Gewerbeordnung (in der Fassung v. 26. Juli 1900) in vielfacher Hinsicht bewirkte Gleichstellung der in den einzelnen Bundesstaaten vorhandenen Gewerbebetriebe steht der Erhebung des hier streitigen Stempels nicht entgegen, denn nach § 5 daselbst ist durch die Gewerbeordnung in den Beschränkungen des Betriebes einzelner Gewerbe, welche auf den Steuergesetzen beruhen, nichts geändert. Das Urteil des Berufungsgerichts mußte hiernach, wenn auch aus anderen als den von ihm seiner Entscheidung unterlegten Gründen, aufrecht erhalten werden.

* * *

Nr. 23. **Tarifst. 32 (Kauf- u. Tauschverträge).** Befreiungsvorschrift Nr. 3. Stempelfreiheit der Veräußerung der im Betriebe eines der Vertragschließenden hergestellten Sachmengen. Zum Begriff der Herstellung.

Urt. des VII. ZivSen. vom 24. Nov. 1905. 95. 05.

Nach der Feststellung des Berufungsrichters bestand die von der Klägerin in ihrem Betriebe vorgenommene Bearbeitung der von ihr anderweit bezogenen, der Heeresverwaltung gelieferten eisernen Träger in dem Verkürzen und Zurechtschneiden derselben zu den im Vertrage vorgeschriebenen Längen, in der Anbringung von Löchern, der Entfernung von Rost und Hammerschlag und dem Anstreichen mit Rostschutzfarbe. Der Berufungsrichter erblickt in dieser Tätigkeit, „wenigstens im ganzen", nicht eine bloße Bearbeitung fertig bezogener Träger, sondern die unter die vorbezeichnete Befreiungsvorschrift Ziff. 3 der Tarifst. 32 fallende Herstellung von neuem Gut aus vorhandenem

Rohmaterial. Eine Verletzung dieser Befreiungsvorschrift kann in dieser Annahme des Berufungsrichters nicht gefunden werden, wenngleich nicht zu erkennen ist, daß im einzelnen Falle zuweilen die Grenze, auf der die Bearbeitung eines Verkehrsgutes in die Herstellung eines neuen Verkehrsgutes übergeht, schwer zu ziehen ist, und daß der Tatbestand des gegenwärtigen Falles an diese Grenze heranreicht. Die Frage, ob durch Verarbeitung einer körperlichen Sache die bloße Umänderung oder Verfeinerung dieser Sache oder die Herstellung einer neuen Sache als bewirkt anzusehen ist, entscheidet sich nach der Auffassung des Verkehrs. Ob nach dieser schon stets bei der technischeu Umbildung von Halbfabrikaten in Vollfabrikate, d. h. in Fabrikate von der endgültigen Art und Form, in der sie praktisch die bestimmungsgemäße Verwendung finden, die letzteren als neu hergestellte Sachen angesehen werden, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn jedenfalls ist die Annahme nicht rechtsirrtümlich, daß durch eine solche Umbildung dann eine neue Sache zur Entstehung gebracht wird, wenn das Halbfabrikat eine vertretbare Sache darstellte, das Vollfabrikat aber nicht eine ebensolche, sondern eine Sache, der nach ihrer Form und Ausstattung ein individuelles Gepräge gegeben ist, das sie zur Verwendung für einen besonderen, genau bestimmten Zweck geeignet macht. Dieser besondere Fall ist hier gegeben. Erfahrungsmäßig werden Eisenträger aus Rohmaterial in verschiedenen, aber ein für allemal bestimmten Längen fabrikmäßig und auf Vorrat als vertretbare Sachen hergestellt, die zur Verwendung bei den verschiedenartigsten Längen sich eignen. Die Tätigkeit der Klägerin bestand nun darin, diese Eisenträger so umzugestalten, daß sie unmittelbar für den seitens der Heeresverwaltung unternommenen Kasernenneubau zur Einbauung verwendet werden konnten. Hierzu war es erforderlich, den einzelnen Trägern die dem Bauplan entsprechenden, genau bestimmten Längen durch Abschneiden zu geben und sie zur Ermöglichung der Zusammenfügung an bestimmten Stellen mit Löchern zu versehen. Hierdurch, sowie durch die Reinigung und den Schutzanstrich sind die Träger zu gebrauchsfertigen, individuell bestimmten Sachen geworden. Der Annahme, damit seien neue Sachen hergestellt, steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die Sachen auch nach ihrer Umgestaltung im Verkehr als „Eisenträger", also mit demselben Namen wie vor der Umbildung zu bezeichnen waren. Denn, wenn auch meistens die Umbildung einer Sache in eine andere neue, vom Verkehr durch neue Namensgebung gekennzeichnet wird, so kann doch diesem Umstande allein ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden. Die Beibehaltung des früheren Namens erklärt sich hier dadurch, daß sowohl die von der Klägerin verwendeten Eisenträger (richtiger, das Eisenträgermaterial), als auch die fertiggestellten Träger das charakteristische Merkmal der besonderen Profilgebung zeigten, die ihnen für das Tragen schwerer Last große Widerstandsfähigkeit verlieh. Auch der Gesichtspunkt, daß die Aufwendung einer nur einfachen, bloß mechanischen, wirtschaftlich geringwertigen Tätigkeit den Begriff des Herstellens nicht erfülle, läßt sich zu Gunsten der Revision nicht verwerten, denn zum Zuschneiden und Lochen der Träger war die Verwendung besonderer Maschinen von starker Kraftleistung und ein geschultes Arbeiterpersonal erforderlich, und inhalts des Vertrages betrug der Lieferungswert, in dem freilich auch der Anschaffungswert des von der Klägerin zu beschaffenden Trägermaterials inbegriffen ist, die erhebliche Summe von 49 086,53 Mk.

Für die Anwendbarkeit der Befreiung auf den vorliegenden Fall spricht auch der Umstand, daß die Befreiung, die sich freilich in der Regierungsvorlage noch als eine bloße Stempelermäßigung auf 1/20 v. H. des Lieferungspreises darstellte, nach der Entstehungsgeschichte des Stempelsteuergesetzes zu dem Zwecke eingeführt worden ist, die hauptsächlich im Handel, im Gewerbe, Industrie- und landwirtschaftlichen Betriebe vorkommenden Kauf- und Lieferungsverträge steuerlich zu entlasten (Begr. zum StempstG. S. 45, 46). Ein gesetzgeberischer Grund, einen Lieferungsvertrag der Art des hier vorliegenden von der allgemein gewollten Vergünstigung auszuschießen, ist nicht erfindlich, vielmehr darf bei der Anwendung der Befreiungsvorschrift der Begriff der gewerblichen „Herstellung" nicht zu eng gefaßt werden, wenn der Zweck der Förderung von Gewerbe und Industrie u. s. w. nicht vereitelt werden soll.

Der jetzt erkennende Senat ist übrigens schon in einem früher zwischen den jetzigen Parteien schwebenden Prozesse, der einen dem jetzt vorliegenden Tatbestand fast völlig entsprechenden Tatbestand aufwies, der Annahme des Berufungsrichters nicht entgegengetreten, daß auf die Lieferung der damals von der Klägerin in ähnlicher Weise bearbeiteten, für den Neubau eines Kreishauses bestimmten eisernen Träger die Befreiungsvorschrift anzuwenden sei (Urteil v. 8. 10. 01 VII 242/01). Damals hatte der beklagte Fiskus den Einwand, in der Tätigkeit der Klägerin sei ein „Herstellen" im Sinne der genannten Vorschrift nicht zu erblicken, in der Berufungsinstanz ausdrücklich fallen lassen und der Senat hatte deshalb keinen besonderen Anlaß, seine mit der des Berufungsrichters übereinstimmende Auffassung von der Tragweite der Befreiungsvorschrift näher zu begründen.

Begriff, Bedeutung und Tragweite der Entlastung (Decharge).

Von **Dr. Rudolf Geiling**, Freiburg i. B.

(Schluß.)

Bedeutung und Tragweite der Entlastung im besonderen.

§ 6.

Vorbemerkung und Übersicht. Strafrechtliches.

Bereits bei Behandlung der Grundlagen und Voraussetzungen der Entlastung im allgemeinen (oben § 3) wurde darauf hingewiesen, wie eng die Frage der Tragweite der Entlastung zusammenhängt mit jener nach dem Umfang und der Beschaffenheit der Vorlagen der Decharge; nach strenger Systematik

bildet der ganze zweite Teil eigentlich nur die spezialisierte Ausführung des früheren Abschnitts, der jedoch wegen ihrer Wichtigkeit ein besonderes Feld eingeräumt werden mußte. Das Problem, das im folgenden behandelt ist, hat aber auch eine nahe Verwandtschaft mit einem andern, ja es deckt sich teilweise sogar damit: insofern nämlich die Tragweite der Entlastung davon abhängt, *was* der Generalversammlung, und *wie* es ihr vor ihrer Beschlußfassung über die Entlastung dargeboten wird — und zwar dargeboten seitens der Verwaltungsorgane, denen allein oder in erster Linie die Kenntnis der wahren Lage der Gesellschaft zukommt —, muß der Umfang der Entlastung auch in Beziehung gesetzt werden und sich danach richten, was der Generalversammlung unterbreitet werden *kann* und *darf*, ohne daß die Interessen der Gesellschaft geschädigt werden.[1]) Nicht allein der rein äußerliche Umfang der Vorlagen wird demnach für die Tragweite der Entlastung bestimmend sein, diese kann und wird unter Umständen auch nicht bekannt gegebene Tatsachen umfassen, wenn das Gesellschaftsinteresse die an sich berechtigten Forderungen der Generalversammlung auf tunlichste Offenlegung der Verhältnisse *soweit* überwiegt, daß eine Geheimhaltung begründet ist. Das Nähere wird sich durch die spätere Darstellung ergeben.

Von den berechtigten Forderungen der *Generalversammlung* nach Offenheit war soeben die Rede; man ist vielleicht geneigt, einen Hinweis auf die doch wohl auch begründeten Interessen des Publikums, der Allgemeinheit, des Staates zu vermissen. Dieser Einwendung sei entgegengehalten, daß das Verlangen dieser Faktoren nach möglichster Durchsichtigkeit der Verhältnisse der Aktiengesellschaften, soweit berechtigt, durchaus anerkannt und vom Gesetz durch den Eintragungszwang im Handelsregister unterstützt wird, es muß aber an dieser Stelle nochmals betont werden, daß diese Arbeit sich nur mit Problemen befaßt, die sich *im inneren Leben der Gesellschaften* abspielen, daß sie also im allgemeinen solche außerhalb des gesteckten Rahmens liegende Erwägungen beiseite lassen muß. Dieser Anlaß gibt indes Gelegenheit, sich mit dem einschlägigen Strafrecht, das ja in vielen Fällen den beiderseitigen Interessen dient, jenen der bei der Gesellschaft Beteiligten und gleichzeitig denen der Allgemeinheit, kurz abzufinden. Von den Strafbestimmungen des HGB. hat nähere Beziehungen zu unsern Fragen nur die bekannte Strafandrohung des § 314 Ziff. 1 wegen Fälschung und Verschleierung der Bilanz und des Vermögensstandes der Gesellschaft durch Vorstand oder Aufsichtsrat.[2]) Diese Handlungen können sowohl gegen die Gesellschaft selbst bezw. gegen die Generalversammlung als auch gegen unbestimmte Dritte, also gegen das Publikum, gerichtet sein.[3]) Wir haben uns jedoch hier nur damit zu beschäftigen, welche Wirkungen die Strafnorm auf das *innere* Verhältnis, und namentlich auf die erteilte oder zu erteilende Entlastung ausübt. Da ist denn zunächst festzustellen, daß das Strafrecht keine verschiedene Bewertung — abgesehen von den mildernden Umständen, § 314 Abs. 3 HGB. — darnach eintreten läßt, ob die Verschleierung auch gegen die Interessen der Gesellschaft in eigennütziger Absicht des Vorstands geschah oder ob etwa die gefährdete Lage der ihm anvertrauten Verwaltung den Vorstand zu seiner Handlung drängte. Bei der Beurteilung des Verhältnisses aber zwischen der Generalversammlung und dem Vorstand kann und muß dies sogar von einschneidender Bedeutung sein, wenn es sich um Gewährung oder Versagung der Entlastung handelt. Ebensowenig kümmert sich das Strafrecht darum, ob irgend jemand durch das Verhalten des Vorstands oder Aufsichtsrats einen Nachteil erlitten hat, was auch durchaus nicht immer

---

[1]) Außer den später einzeln zu behandelnden Autoren anerkennen *prinzipiell* die Notwendigkeit einer beschränkten Öffentlichkeit Simon, Betrachtungen über Bilanzen und Geschäftsberichte, Festgabe für Koch 407; Auerbach, das Aktienwesen 204; Strauß, Reorganisation des Aufsichtsratswesens in Deutschland, Holdheim 11, 81; sogar in der Begründung zum Entwurf von 1888 (BuschArchiv 44, 357) findet sich ein diesbezüglicher Ausspruch. Vgl. auch einen eklatanten Fall aus neuerer Zeit im Aktionär 50, 685 aus dem Leben Adolf von Hansemanns und der Diskontogesellschaft.

[2]) Der Mangel einer Strafnorm bei Mitwirkung der Generalversammlung wurde schon früher hervorgehoben.

[3]) Die Entsch. des RG. v. 18. 3. 04 (im „Recht" 1904, 229) betont ausdrücklich die Offenbarungspflicht *gegenüber Dritten* unter der Androhung des § 314. Dann dürfte aber auch das Argument Bondi's (Offenheit und Wahrheit im Aktienwesen, SächsArch. für deutsches bürgerl. Recht 1904, 14, 194), daß sich der Geschäftsbericht nur an die Aktionäre richte, weshalb volle Offenheit erforderlich sei, an Beweiskraft verlieren. Ähnlich wie das RG. auch Hecht, Mißstände im Wesen der Aktiengesellschaften, Vortrag im Verein für Sozialpolitik, Abdruck eines Referats in HoldheimsMSchr. 12, 269. Auch Neukamp, das Dogma von der Bilanzwahrheit, ZHR. 48, 469. Über die Anfechtung von Aktienzeichnungen infolge falscher Prospekte vgl. Bekker Beitr. zum Aktienrecht, ZHR. 17, 451; hierzu und zur vorigen Anmerkung auch von Mayer, die zivilrechtliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft, Leipz. In. Diss. 1903, 62; Auerbach, das Aktienwesen 202 ff.; Rehm, die Bilanzen der Aktiengesellschaften 838; Sievers, Aktionäre und Gläubiger im Konkurse der Aktiengesellschaft. DJZ. 1903, 88; auch Staub § 241 Anm. 20 f.; RG. 54, 129, auch in der ZHR. 54, 289 und DJZ. 1903, 273; fernere einschlägige Entsch. in RG. 22, 133; v. 20. 12. 95 in DJZ. 1896, 57; OLG. Hamburg v. 20. 12. 86 in der HansGZ. 1887, 53; RG. v. 4. 6. 02 in HoldheimsMSchr. 11, 267 und OLG. Dresden v. 26. 1. 05, Holdheim 14, 292 = SeuffertArch. 60, 409, ferner RG. in ZivSen. 2, 132; 9, 36; 19, 126; 45, 107. Anscheinend abweichend RG. v. 5. 4. 95 in den BadAnn. 61, 204 ff.

der Fall ist[5]); die Gesellschaft aber muß, wenn sie nicht arglistig handeln will, diesen Umstand in Erwägung ziehen, bevor sie über die Entlastung in diesem oder jenem Sinne beschließt[6]). Es sind somit sehr verschiedene Gründe, die eine Entlastungsverweigerung und eine Bestrafung nach § 314 Ziff. 1. HGB. rechtfertigen, und es kann der Fall eintreten, wo Bestrafung erfolgt, weil der Vorstand ohne Schädigung jemandes die Gesellschaft über eine gefährliche Klippe hinüberbrachte, indem er der Generalversammlung und der Öffentlichkeit keinen vollen Einblick in die Lage gewährte[7]); seinen Anspruch auf Entlastung hat er dennoch behalten. Daß dieses Resultat einer doppelten Beurteilung des gleichen Verhaltens ein gerechtes und den Sinn für die Objektivität des Strafrechts förderndes sei, wird niemand behaupten wollen. Hinsichtlich des Zusammenhangs unserer Aufgabe mit dem Strafrecht ist also hier nur festzustellen, daß die Qualifizierung einer Handlung als Reat gemäß § 314 Ziff. 1 HGB. für die Tragweite einer erteilten Entlastung und ebenso für eine künftige Gewährung oder Versagung einer solchen ohne Bedeutung ist, die Strafbarkeit einer Handlung an sich bewirkt keineswegs die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der darauf ergangenen Entlastung; hierfür müssen außerdem die besonderen, zum Teil schon oben behandelten und in diesem zweiten Hauptabschnitt weiter auszuführenden Voraussetzungen vorliegen.

§ 7.
Allgemeine Grundsätze für die Tragweite der Entlastung.

I. Unter normalen Umständen bietet eigentlich die Frage nach der Tragweite der Entlastung kaum Anlaß zu einer Besprechung. Der Hergang in der betreffenden Generalversammlung ist der, daß der Vorstand den meist schon früher gedruckt verteilten Rechenschaftsbericht mit der Bilanz und den weiteren Aufstellungen vorlegt, in allen wesentlichen Beziehungen näher erläutert und jede gewünschte Auskunft bereitwillig und erschöpfend erteilt. Zu verbergen hat er nichts, und er wird deshalb ohne Anstand auch Einblick in die Kasse, die Bücher, die Korrespondenzen und in die sonstigen Unterlagen seiner Bilanz und seines Berichts gewähren können. Desgleichen referiert der Aufsichtsrat über die Ergebnisse seiner Prüfung. Es kommen somit sämtliche Einzelheiten des verflossenen Geschäftsjahres von nur einigem Belang zur Kenntnis der Generalversammlung, sie ist vollkommen orientiert über die Lage der Gesellschaft, und die Entlastung, die sie hierauf ausspricht, beseitigt jede Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat schlechthin, denn Gründe und Tatsachen, die eine solche noch bestehen lassen sollten, sind nicht vorhanden. Entsprechend gestaltet sich auch die übliche Entlastung in Vereinen, Gesellschaften ohne wirtschaftlichen Zweck für den Kassierer oder Rechnungsführer. Für diese Art von Entlastungen gilt somit das Prinzip, daß sie das decken, was ausdrücklich zur Kenntnis des dechargierenden Organs gebracht wurde, nämlich alles, was überhaupt aus der Geschäftsführung des letzten Jahres von Bedeutung war: Die Tragweite der Entlastung bestimmt sich also nach dem Umfang der Vorlagen, konkret ausgedrückt nach dem Inhalt des schriftlichen und mündlichen Geschäftsberichts. Dieser Grundsatz ist nun von der Literatur zu einer allgemeinen Norm für alle Aktiengesellschaften erhoben worden, am schärfsten tritt er hervor in einem von den einschlägigen Publikationen stets genannten Aufsatz Hagens[1]). Eine kurze Skizzierung der Hagen'schen Darlegungen sei an dieser Stelle gestattet. Er argumentiert folgendermaßen[2]): Das deutsche Recht gewähre dem Vorstand die Freiheit, selbst die Ausdehnung seiner Rechenschaft zu bestimmen, sofern die Generalversammlung nicht weitere Aufklärung verlange; wo aber der Geschäftsbericht keine volle Rechenschaft enthalte, liege nicht der mindeste Grund dafür vor, die Entlastung über den Inhalt des Geschäftsberichts hinaus für wirksam zu erklären; der Vorstand habe es selbst in der Hand, durch Aufnahme eines Gegenstandes in den Bericht die Generalversammlung zu einer Entscheidung zu zwingen und sich so vor späteren Angriffen zu sichern.

Es läßt sich nicht leugnen, daß dieses Prinzip — vorausgesetzt, daß es allgemein anerkannt und praktisch durchführbar wäre — große Vorteile bei seiner Anwendung im Gefolge hätte, denn es würde spätere Unsicherheiten vermeiden und die Beweis-

[5]) Mindestens dann, wenn nur die Gesellschaft geschädigt ist, sollte die Strafverfolgung von einem Antrag, dem Nachweis der Entlastungsverweigerung oder ähnlichen Voraussetzungen abhängig sein.

[6]) Es geht vielleicht nicht zu weit, eine Analogie mit dem Tatbestand der Entsch. des RG. v. 24. 4. 1900 (in HoldheimsMSchr. 9, 191) hier hervorzuheben. Dort erklärte es das RG. als arglistiges Verhalten einer Genossenschaft — um eine solche handelte es sich —, wenn sie den auf ihre Weisung ausgeführten Handlungen des Vorstands die Entlastung versagt hätte. Vom Standpunkt des Vorstands aus stehen aber solche Weisungen einer sicher zu erwartenden Billigung nahezu gleich und man würde es ebenso einer Generalversammlung als Arglist anrechnen können, wollte sie die Entlastung verweigern für Maßregeln, die in ihrem Nutzen unternommen wurden, bloß deshalb, weil der Vorstand später in Strafe verfiel.

[7]) Z. B. erfolgte bei RG. in Strafs. 14, 80 Verurteilung, obschon die Bilanz geprüft und genehmigt und einstimmig Decharge erteilt worden war, wo demnach eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen wohl kaum eingetreten war.

[1]) In Gruchots Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts 42, (1898) 333 ff. Titel: Über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft.

[2]) a. a. O. 363 f.

führung im Prozeß für beide Teile wesentlich erleichtern; nachträglich entstehende Zweifel über die Tragweite der Entlastung lösen sich einfach durch Bezugnahme auf die in der betreffenden Generalversammlung zur Sprache gebrachten oder gedruckt vorgelegten Beratungsgegenstände. Gleichwohl hat sich der Grundsatz, wie ihn Hagen formuliert, keine Aufnahme zu verschaffen vermocht; soweit zu sehen, wird er von Doktrin und Praxis gleicherweise abgelehnt. Auf die Hauptbedenken sei in Kürze besonders hingewiesen. Die größte Schwierigkeit wird darin erblickt, daß der Inhalt des Geschäftsberichts, wie ihn oft untergeordnete äußerliche Gesichtspunkte, der Zufall und die Hand des Verfassers gestalten, und der mitunter ebensowenig zuverlässige Sitzungsbericht des Protokollführers zu Maßstäben der schwerwiegenden Haftung der Verwaltungsorgane gemacht werden sollen, was ohne Zweifel zu erheblichen Anständen führen kann. Ferner ist es bei einer nur halbwegs bedeutenden Aktiengesellschaft unmöglich, im Geschäftsbericht aller der Tatsachen zu gedenken, die wichtig sind und später als Ausgangspunkte für Regreßansprüche gegen die Verwaltung wegen Nichterwähnung benutzt werden könnten; ein Verfahren, wie es alsdann nötig wäre, würde überhaupt dem Zweck des Geschäftsberichts, Übersicht über den Stand der Gesellschaft zu bieten, direkt zuwiderlaufen. Endlich aber hat Hagen den zwar erst neuerdings besonders scharf betonten, aber auch schon früher anerkannten Forderungen gar keine Beachtung geschenkt, die eine gewisse Vorsicht in der Bekanntgabe der inneren Geschäftsverhältnisse für dringend geboten erachten. Die Jahresberichte der Aktiengesellschaften werden gedruckt an die da und dort wohnenden Aktionäre versandt, die Fachpresse referiert fortlaufend über den Stand jedes einzelnen Unternehmens und über den Verlauf jeder Generalversammlung; so kann es nicht ausbleiben, daß die Konkurrenz, der Effektenhandel nnd die spekulativen Kreise des Publikums mehr Einblick in die Verhältnisse einer Gesellschaft erlangen, als dieser zuträglich ist, selbst wenn man prinzipiell für sie ein größeres Maß von Offenheit fordert, als vom Einzelkaufmann, der seine Geschäfte ungestört von jedem fremden Blick betreibt.

Im folgenden wird nach diesen Darlegungen von der Verwendung des Grundsatzes, daß sich die Tragweite der Entlastung in direktem Verhältnis nach dem Umfang der Vorlagen richte, ohne weiteres abzusehen sein, und es erschien deshalb angemessen, diese Art der Begrenzung schon hier durch diesen vorbereitenden allgemeineren Überblick als unanwendbar auszuschalten.

II. Gleichfalls einen negativen Charakter trägt der Grundsatz, der an zweiter Stelle den speziellen Ausführungen voranzuschicken ist. Aus der soeben hervorgehobenen Forderung, daß die Aktiengesellschaft ein, wenn vielleicht auch geringeres Anrecht als der Einzelkaufmann darauf habe, ihre Geschäfte nicht vor aller Augen, sozusagen auf offenem Markte betreiben zu müssen, ergibt sich sofort in Berücksichtigung der Organisation der Gesellschaft und der Gestaltung des modernen Verkehrs die Schlußfolgerung, daß die Wahrung dieser berechtigten Geheimhaltung in erster Reihe Sache des Vorstands und Aufsichtsrats ist; sobald eine Angelegenheit aus der alleinigen Kenntnis dieser Organe heraustritt in die Wahrnehmungssphäre der Generalversammlung, ist es auch um ihre Abschließung gegen die breite Oeffentlichkeit geschehen. Sollten wir nun tatsächlich im weiteren Verlauf der Untersuchung dazu gelangen, dem Vorstand und Aufsichtsrat ein gewisses Verschweigungsrecht auf Kosten der Generalversammlung im Interesse der Gesellschaft selbst zuzubilligen, ohne daß der Anspruch auf Entlastung darunter leidet bezw. die Tragweite einer in Unkenntnis der verschwiegenen Tatsachen erteilten Entlastung berührt wird, so kann andrerseits dieses Recht selbstverständlich niemals dazu mißbraucht werden, persönliche selbstsüchtige Absichten der Verwaltungsorgane zu decken. Mit andern Worten: wo im folgenden von einer Täuschung der Generalversammlung oder von einem Unaufgeklärtlassen derselben die Rede ist, muß stets auch ohne besondere Hervorhebung unterstellt werden, daß es sich um keine arglistige Täuschung handeln darf, d. h. um eine solche, die eine den Interessen des Ganzen feindliche Tendenz hat. Enthält also beispielsweise ein Jahresbericht Dinge nicht, weil sich der Vorstand einer sicheren zivil- oder strafrechtlichen Haftung dafür zu entziehen gedenkt, so kann er sich, wird die erteilte Entlastung später deshalb angefochten, niemals unter den Schutz dieser Decharge flüchten. Nur eine bona fides darf im Interesse der Gesellschaft ein Beiseiteschieben des höheren Organs durch das niedere rechtfertigen. Die Literatur dürfte im allgemeinen auf demselben Standpunkt stehen, wenn sie „irreführenden" Vorlagen schlechthin eine Wirkung auf die Tragweite der Entlastung versagt[3]). Auch dieses negative Prinzip bedurfte, weil für alles spätere gleicherweise zu subsumieren, der Vorwegnahme in diesem Abschnitt.

III. Endlich wird man aber noch eine weitere Gattung von Geschäftshandlungen aus dem Kreise

---

3) Staub § 260 Anm. 12; Goldmann 2, 1075; Löwenfeld, Recht der Aktiengesellschaften 357; Gumprecht, über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft 42 Anm. 1; Nothnagel a. a. O. 112; ROHG. 13, 158; RG. 18, 63 - Bolze 4, 264. Wohl ebenso ist der Grundgedanke in dem Fall, daß es sich um bestimmte Verfehlungen handelt, von denen das Organ entlastet sein will; hier deckt der Beschluß den erkennbar gewollten Gegenstand der Entlastung, wenn die Generalversammlung keine weiteren Aufklärungen verlangt, außer im Fall des dolus. RG. bei Bauer, Z. für Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften 12, 198.

der folgenden Erörterungen überhaupt ausschließen können, da sie besonderen Regeln unterliegt. Das Gesetz unterscheidet hinsichtlich der tatsächlichen Ausübung der Obliegenheiten des Vorstands nicht weiter zwischen jenen Handlungen, die ein Ausfluß der eigentlichen frei schaffenden Verwaltungstätigkeit im höheren Sinn sind und jenen, die seiner Aufgabe als Inhaber und Verwahrer des Gesellschaftsvermögens — letzteres in weitester Auffassung — entspringen. Dagegen läßt z. B. eine Entsch. des vormaligen ROHG[4]) wenigstens einen Anklang dieses Gedankens erkennen. Dort wird ein Unterschied gemacht in der Art der Rechnungslegung, welche wie die eines gewöhnlichen Verwalters mit Belegen zu versehen sei, soweit es sich um vom Vorstand selbst geschlossene Geschäfte und die von ihm bewirkte Verwahrung von Vermögensstücken handle, während für die übrige Tätigkeit die Aufstellung einer eigentlichen Rechnung nicht erfolgen könne. In der älteren Literatur hat namentlich Löwenfeld[5]) hierauf aufmerksam gemacht und die Doppelfunktion des Vorstands folgendermaßen charakterisiert: „Der Vorstand ist einerseits Verwahrer des Gesellschaftsvermögens; seiner Obhut sind sämtliche Vermögensstücke anvertraut. In dieser Eigenschaft muß er zweifellos für jedes Versehen haften, umsomehr als die wirklichen Interessenten niemals in der Lage sind, den Gesellschaftsbesitz selbst in ihren Schutz zu nehmen ..... Würde er z. B versäumen, die Feuerversicherung einer zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Fabrik rechtzeitig zu vereinbaren oder würde der Vorstand einer Bank nicht für sichere Aufbewahrungsstätten der ihm anvertrauten Wertstücke sorgen, hinsichtlich der Bewachung der letzteren nicht das Möglichste an Vorsicht leisten . . , so wären seine Mitglieder zweifellos für jeden dadurch entstandenen Schaden haftbar."

„Das ist aber die unbedeutendere Seite seines Berufs, um deretwillen der Vorstand nicht eingesetzt wird. Bei weitem wichtiger ist die Ausübung und Verfolgung des Gesellschaftszwecks, welche ihm als Kunst- resp. Sachverständigen übertragen ist. Er soll im Dienste der Aktiengesellschaft denken und schaffen, soll mit Hilfe der zur Verfügung gestellten Mittel Erträgnisse erwerben, er soll sein Talent, seine Befähigung in dem Spezialfach, dem die Gesellschaft gewidmet ist, zu ihren Gunsten ausbeuten ....."

Und ferner[6]): „Die Verantwortlichkeit des Vorstandes sollte durch ausdrückliches Gesetzeswort unterschieden werden in diejenige für die bloße Verwaltung — nach unserm obigen Sprachgebrauch heißt das für die Verwahrung im weiteren Sinn — und in die, welche die eigentliche Geschäftsführung betrifft[7])."

Welche Beziehung hat nun ein solcher Unterschied zur Frage nach der Tragweite der Entlastung? Man wird in der Annahme nicht fehl gehen, daß Tatsachen der erstgenannten Kategorie (Verwahrung) im allgemeinen nicht notwendig im Rechenschaftsbericht erwähnt werden müssen, wie man in der Tat selten oder nie einem Hinweis auf solche Umstände darin begegnet. Nichtsdestoweniger kann hieraus oder aus der Bemerkung, daß darüber in den Generalversammlungen fast nie verhandelt wird, der Schluß nicht gezogen werden, die Entlastung umfasse auch die Maßnahmen des Vorstands dieser Art ohne Erwähnung, im Gegenteil: sollte — um bei dem Beispiel Löwenfeld's zu bleiben — die Fabrik abbrennen und sich dann herausstellen, daß der Vorstand die Versicherung nicht rechtzeitig erneuert hat, so wird die Generalversammlung nicht zögern, trotz ihrer früher erteilten Entlastungen und obschon sie sich damals nicht im geringsten für diesen Teil ihrer Angelegenheiten interessierte, eine Schadensersatzklage zu erheben, unter Umständen unter völligem Bestehenlassen der Dechargen in sonstiger Beziehung. Der Vorstand kann sich auch auf jenen Teil der Entlastungen mit Erfolg nicht berufen. Die Sache liegt also für Fälle dieser Gattung insofern eigentümlich, als die Generalversammlung jeweils bewußt auf die Darlegung der diesbezüglichen Verhältnisse verzichtet, und nachher trotzdem ihre Entlastung ignorieren will. Wir ziehen daraus für unser Problem den Schluß, daß nichterwähnte Tatsachen, die dem Geschäftskreis des Vorstands als Verwahrer angehören, jedenfalls nicht von der Entlastung erfaßt werden, obgleich ihre Aufnahme in den Bericht weder erforderlich noch üblich ist. Auch diesen Unterschied berücksichtigt Hagen und die sonstige Literatur nicht. Für den Vorstand aber ergibt sich, um allen späteren Reklamationen aus dem Wege zu gehen, die Nutzanwendung, entweder seine in dieser Richtung getanen Schritte im Jahresbericht der Generalversammlung zur Kenntnis zu bringen, insbesondere dann, wenn er Schwierigkeiten voraussehen konnte, oder sich mindestens auch für diesen Zweig seiner Geschäftsführung ausdrücklich entlasten zu lassen. Die Sonderstellung dieser Ver-

[4]) 25, 179 f.

[5]) Das Recht der Aktiengesellschaften. Kritik und Reformvorschläge. Berlin 1879. 256 ff.

[6]) Löwenfeld a. a. O. 258.

[7]) Für erstere wird omnis culpa, für letztere nur diligentia quam suis gefordert. Konsequenterweise besteht für die Liquidatoren, die, wie leicht ersichtlich, nur Geschäfte der ersterwähnten Art zu besorgen haben, dagegen keine freie Geschäftsführung wie der Vorstand, stets Haftung für omnis culpa. So auch Löwenfeld a. a. O. 557. Das HGB. (§ 241 Abs. 1), das nicht unterscheidet, kennt für alle Funktionen nur die etwas farblose „Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmanns." Über diesen Begriff vgl. die verschiedenen Kommentare.

waltungsakte, durch die sie sich in die nachfolgenden Grundsätze über die Tragweite der Entlastung nicht gut einfügen würden, dürfte ihre getrennte Behandlung an dieser Stelle rechtfertigen.

§ 8.

Besondere Grundsätze für die Tragweite der Entlastung.

Wie schon wiederholt bisher angedeutet, liegt der Kernpunkt des ganzen hier behandelten Problems in folgendem: Die Generalversammlung verfügt als höchstes Organ der Aktiengesellschaft über Befreiung oder Nichtbefreiung der andern beiden Organe von ihrer Haftbarkeit. Sie kann jedoch nicht selbst alles nachprüfen, sondern ist darauf angewiesen, sich von eben diesen Organen zunächst ein Bild der Lage geben zu lassen; das ist die Bilanz, der Geschäftsbericht usw. Diese enthalten aber nicht alles und können nicht alles bringen, was die Generalversammlung möglicherweise in ihrer Entschließung über die Entlastung zu beeinflussen vermag, sie können auch aus gewissen Tendenzen manches absichtlich hinzufügen, weglassen, verschieden darstellen, ohne daß die Generalversammlung solches wahrnimmt. Es fragt sich also nun, wieweit erstreckt sich die Entlastung hinaus über das, was tatsächlich und objektiv richtig der Generalversammlung dargeboten war und von ihr zur Kenntnis genommen wurde? Aus Gründen der Darstellung sind diese besonderen Grundsätze für die Tragweite der Entlastung in Thesenform zusammengestellt und sollen zuerst allgemein, hierauf im einzelnen erläutert und begründet werden.

Die Entlastung deckt und umfaßt mit ihrer befreienden Wirkung:

A. alle in der Bilanz, dem Geschäftsbericht und sonstigen vorgelegten Materialien sowie deren Unterlagen erkennbaren, wenn auch nicht ausdrücklich erwähnten oder in der Generalversammlung zur Diskussion gelangten Geschäftsvorfälle;

B. weiterhin auch solche, für die Generalversammlung nicht erkennbare Geschäftsvorfälle.

Diese können bestehen in

I. Tatsachen ohne Erheblichkeit, die

1. an sich, rechtlich und tatsächlich, formell und materiell, insbesondere auch finanziell ohne Einfluß auf den Geschäftsgang geblieben sind, oder
2. zwar an sich von Einfluß auf den Geschäftsgang wären, denen aber durch andere in entgegengesetzter Richtung wirkende Vorgänge die tatsächliche Erheblichkeit für das Endergebnis wieder genommen ist.

II. Tatsachen von Erheblichkeit.

Solche werden trotz Nichterkennbarkeit von einer Entlastung gedeckt beim Zusammentreffen folgender Voraussetzungen:

1. daß die Nichterwähnung geboten war im alleinigen Interesse der Gesellschaft;
2. daß die Generalversammlung, hätte man ihr alle Verhältnisse offen auseinandersetzen können, ohne dadurch Schädigungen für die Gesellschaft befürchten zu müssen, nach der Sachlage keinen erkennbaren Grund gehabt hätte, ihre Zustimmung und die Entlastung zu verweigern.

Für Geschäfte, die noch in das neue Rechnungsjahr hinüberreichen, weiterhin auch:

3. daß nach gewissenhafter Prüfung aller einschlägigen Verhältnisse erwartet werden konnte, daß sie der Gesellschaft Vorteile, zum mindesten keine erheblichen Nachteile bringen würden.

Begründung der „Grundsätze".

1. Kapitel.

Allgemeine juristisch-theoretische Begründung.

§ 9.

Beschaffenheit und Zweck der Vorlagen nach dem Gesetz.

Zunächst wird nachzuweisen sein, daß die Vorlagen an die Generalversammlung gar nicht den Zweck haben, erschöpfende Darstellungen und Chroniken der Vorgänge des Geschäftsjahrs zu bilden, indes die Entlastung ihrem Zweck nach sämtliche Handlungen des Vorstands und Aufsichtsrats umfassen soll. Hierzu mag die Interpretation des Gesetzes und des Begriffs der Rechnungslegung herangezogen werden, ferner aber wird auch die gegenseitige Stellung zwischen dem Verwaltungsorgan im engeren Sinne, dem Vorstand, und der Generalversammlung untersucht werden müssen und zwar daraufhin, ob letzterer wirklich die absolut souveräne Herrschaft zukommt, wie man meist annimmt, oder ob dem Vorstand nicht doch soviel Selbständigkeit innewohnt, daß er unbeschadet seiner Ansprüche auf die Entlastung oder seiner Rechte aus derselben die Generalversammlung im Interesse des Gesellschaftsganzen über bestimmte Dinge im Ungewissen halten kann, natürlich nur unter solchen Voraussetzungen, wie sie eben in den „Grundsätzen" niedergelegt sind. Nur die etwaige theoretische Berechtigung des Vorstands hierzu findet in diesem Kapitel ihre Prüfung; die Frage nach einem vorhandenen speziell praktischen Bedürfnis bleibt wie im übrigen die Einzelerläuterung dem zweiten Kapitel vorbehalten.

Das eigentliche Thema dieses Paragraphen knüpft in seinem Inhalt an die Aufstellungen Hagens an. Die Unhaltbarkeit seiner Ansicht ergibt sich unseres Erachtens schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Selbstverständlich hat, wie bereits

mehrfach betont, eine Entlastung nur dann Sinn, wenn sie die Haftung für sämtliche Vorgänge des Rechnungsjahres beseitigt. Verfolgt man aber die Deduktion Hagens von rückwärts, so müßten, um diesem Zwecke zu genügen, im Normalfall alle erheblichen Geschäfte im Jahresbericht erscheinen, was einfach unmöglich ist. Deshalb verlangt auch das Gesetz eine solche, nebenbei gesagt geradezu zweckwidrige Ausführlichkeit gar nicht, ihm genügt außer den rechnerischen Übersichten ein „den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft entwickelnder Bericht" (§ 260 Abs. 2 HGB)[1]). Es sei besonders darauf hingewiesen, daß eine Erläuterung einzelner Bilanzposten, wie die Denkschrift sie für nötig erachtete[2]), deshalb nicht gesetzlich gefordert wurde, um nicht durch Hervorhebung von Einzelheiten und weitgehende Offenlegung der Gesellschaftsverhältnisse Schädigungen herbeizuführen[3]). Was also vom Gesetz verlangt wird, ist nichts anderes, als eine Übersicht in großen Zügen, eine kurzgefaßte Orientierung über den Vermögens stand[4]), also über die Hauptgrundlagen der Kapitalsvereinigung, und diese sowie die Verhältnisse der Gesellschaft sollen durch den Bericht „entwickelt" werden, d. h. die einzelnen Fäden, aus denen das Bild des Jahresabschlusses gleichsam gewebt ist, sollen hervorgehoben, aber nicht in Einzelteile zerrissen und ausgebreitet werden. Fragt man, was demnach in den Geschäftsbericht aufzunehmen sei, so würde die Antwort je nach dem Zweck der Aktiengesellschaft lauten: Absatz- und Ausfuhrverhältnisse, allgemeiner Kurs- und Geldstand, Verhalten der Konkurrenz, Gründung und Finanzierung von Tochterunternehmungen, Erfahrungen mit neuen Versuchen, Wirkungen der Politik, der Gesetzgebung, sozialer Maßregeln, großer Streiks u. s. f., daneben noch eine kurze Begleiterklärung über Gewinn und Verlust. Ein weiteres Argument dafür, daß das Gesetz die Grundlagen der Entlastung — und als solche müssen ja wohl die Erfordernisse des § 260 Abs. 2 in ihrem Zusammenhang mit § 260 Abs. 1 gelten — nicht als kleinliche Aufzählungen charakterisiert wissen will, ist, daß es prinzipiell zunächst nur überhaupt die Vorlage einer Bilanz, und nicht etwa sogleich eine solche der Bücher und Schriften verlangt; eine Bilanz aber kann begrifflich und ihrer Natur nach nur eine summarische, großzügige rechnerische Übersicht sein, die auf Anführung aller Einzelwerte bewußt Verzicht leistet[5]). Denselben Standpunkt wird man analoger Weise auch für den Jahresbericht, der natürlich immer in gewissem Sinne die Bilanz erläutert und rechtfertigt, einnehmen dürfen, nachdem der anders-geartete der Denkschrift von einem gesetzgebenden Faktor[6]) abgelehnt wurde[7]).

Als Resultat wäre also festzustellen, daß von vornherein dem Inhalt der Vorlagen nicht die Bedeutung zukommt, die er nach der Ansicht Einiger haben müßte; der Umstand ist jedenfalls für sich allein oder prinzipiell nicht maßgebend, ob eine Tatsache zufällig im Geschäftsbericht bezw. in der Bilanz besonders erkennbar enthalten ist oder nicht.

Anschließend an die Wortinterpretation des § 260 HGB. mag noch ein weiteres Argument zur Stütze des Vorstehenden Verwendung finden, obgleich es als ausschlaggebend nicht bezeichnet werden kann. Anläßlich der Begriffsbestimmung der Entlastung wurde erwähnt, daß Entlastung und Genehmigung im Sinne nachträglicher Zustimmung (§ 184 BGB.) ganz verschiedene Dinge seien und daß von einer vergleichsweisen Heranziehung der „Genehmigung" zur Erklärung der Wirkung der Entlastung aus inneren systematischen Gründen nicht die Rede sein könne. Gesetzt aber einmal den Fall, die Entlastung wäre eine Art nachträglicher Zustimmung der Generalversammlung zu den vom Vorstand vorgenommenen Handlungen, dann allerdings ließe sich darüber reden, ob nicht diese sämtlichen Handlungen der Generalversammlung zur Genehmigung vorgelegt werden müßten, wogegen nicht zur Sprache gebrachte und erkennbare Geschäfte der Genehmigung unteilhaftig und der alleinigen Verantwortung des Vorstandes überlassen blieben. Gerade aber, weil schon das Wort „entlasten" eine allgemeinere, auf das Ganze gehende und nicht am Einzelnen klebende Bedeutung hat, dagegen „genehmigen" einen mehr auf bestimmte Einzelgeschäfte sich beziehenden Charakter, weil ferner, wie ausgeführt, auch die rechtliche Konstruktion tatsächlich eine entgegengesetzte ist, dürfte die Schlußfolgerung nicht unberechtigt sein, e contrario für die Entlastung eine umfassendere, nicht absolut an ihre Unterlagen gebundene Wirkung in Anspruch zu nehmen.

§ 10.
Art und Wesen der Rechnungslegung.

Die bisher vorgetragenen Gründe finden ihre Bestätigung und Unterstützung auf anderem Gebiete.

[1]) Vgl. Staub § 260 Anm. 10: eine summarische Darstellung der Geschäftsergebnisse.

[2]) Materialien bei Heymann 71 ff. und im „Entwurf eines HGB. an den Reichstag" StenB., Anlageband 6, 3211 zu § 252.

[3]) Vgl. Makower § 260 Anm. 5 c.

[4]) als etwas Ruhendem, einem Abschluß. Vgl. Rehm, die Übertreibung des Offenheitsprinzips im Aktienwesen, DJZ. 1904, 38.

[5]) Vgl. Simon, Betrachtungen, Festgabe für Koch 382 ff.

[6]) Dem RT., nachdem bereits die RTKommission den betreffenden § 252 Abs. 3 des Entwurfs gestrichen hatte.

[7]) Vgl. übrigens für die strafrechtliche Bedeutung dieser Auffassung auch Mittelstädt, Kollision zwischen Untreue und Verschleierung in DJZ. 1902, 521, gegen Gordon in ders. Zeitschrift 379 ff.

Wollte man die Tragweite der Entlastung schlechthin abhängig machen von der Beschaffenheit ihrer Unterlagen, so würde man den Vorstand auf gleiche Stufe stellen mit einem gewöhnlichen Verwalter fremden Vermögens, dessen Befreiung von seiner Verantwortlichkeit davon abhängt, daß er dem Geschäftsherrn spezifizierte Rechnungen mit allen Belegen usw. einreicht, wie es in der Staats-, Gemeinde-, Stiftungs- und Privatverwaltung üblich und vorgeschrieben ist[1]). Nun läßt sich ja überhaupt schon darüber streiten, ob der Vorstand wirklich *fremdes* Vermögen verwaltet, denn er arbeitet mit den Mitteln der Aktiengesellschaft, der er selbst in allernächster Beziehung als *Organ* angehört); seine etwaige Beteiligung als Besitzer von Aktien spielt natürlich bei dieser Prinzipienfrage keine Rolle. Gleichwohl kann dieser Zwischenstreit unentschieden bleiben, denn auch die Gegner der Ansicht, daß der Vorstand fremdes Vermögen verwalte, sind darüber einig, daß wenigstens grundsätzlich die Regeln zur Anwendung kommen, die für die Besorgung fremder Geschäfte gelten[2]). Was wir nun im folgenden nachweisen wollen, ist, daß tiefgreifende Unterschiede zwischen einer sonstigen Verwaltung und der Arbeit des Vorstandes hinsichtlich der Rechenschaftsablage bestehen, und daß, wenn für die *gewöhnliche Verwaltung* die *Abhängigkeit der Entlastung* von der *Qualität und Quantität der Vorlagen* zutrifft, dieser Gesichtspunkt beim Vorstand einer Aktiengesellschaft jedenfalls *nicht* in gleicher Art maßgebend sein kann.

1. Allgemein anerkannt und meistens auch hervorgehoben wird ein allerdings mehr äußerlicher, den Unterschied kennzeichnender Umstand, daß nämlich der Vorstand im Gegensatz zu einem sonstigen Verwalter ganz außerstande ist, jedes einzelne Geschäft selbst abzuschließen[4]). Unbillig wäre es deshalb, von ihm Rechenschaftsberichte mit Beilegung genauer Nachweisungen zu fordern und kleinliche Vollständigkeit der Vorlagen zu verlangen. Man wird auch dem Satz als richtig zustimmen können, daß mit der Führung der Bücher und Aufstellung der gesetzlichen Bilanz der Rechnungspflicht des Vorstandes Genüge geschieht[5]), weshalb Einzelnachweise in Bilanz und Jahresbericht sich erübrigen.

2. Weiterhin aber muß die Rechenschaft des Vorstandes ganz anders behandelt werden wie eine sonstige Rechnungslegung, weil die Art, wie das zu verwaltende Vermögen in seine Hände gelangt, die Absichten und Zwecke, mit denen es ihm anvertraut wird, ganz verschiedene sind. Ein Vormund, ein Konkursverwalter, ein Geschäftsführer abwesender Gutsbesitzer, die Verwaltungen des Fiskus, einer Stiftung, eines Fideikommisses usw., sie alle erhalten das Wertobjekt anvertraut in erster Linie zur Erhaltung in seinem Bestand und allenfalls zu einer Verwertung, die sich meist in bestimmten, vorausberechenbaren Grenzen bewegt, z. B. nach Maßgabe eines landesüblichen Pacht- und Zinsfußes, eines wenig wechselnden Warenpreises u. dgl. Unternehmungen, bei denen das ganze Vermögen in die Wagschale zu werfen ist, bei denen also auch totaler Verlust eintreten kann, sind dieser Art von Verwaltern untersagt. Dementsprechend bewegt sich auch die Rechenschaftslegung in engen Gleisen. Der Geschäftsherr *muß* ein Interesse daran haben, über *jedes* Vorkommnis informiert zu werden; was ihm nicht mitgeteilt wird, *kann* er nicht billigen, es bleibt dem Verwalter zur Last.

Anders die Vermögensbeschaffung und Verwertung bei der Aktiengesellschaft. Der Aktionär gibt eine gewisse Summe für ein Unternehmen, ohne weitere Verpflichtung (§§ 178, 211 HGB.), gewissermaßen als eine unsichere Anlage. Natürlich will auch er diesen Betrag erhalten wissen, aber für ihn bedeutet die Einsetzung eines Verwalters und die Vermögenshingabe an diesen nicht das gleiche wie für einen Geschäftsherrn erstgenannter Art. Er begnügt sich aber auch nicht mit einer mäßigen Verzinsung, wie eine solche überhaupt gesetzlich verboten ist (§ 215 HGB.), sondern sein Kapital soll mehr erarbeiten, neue Summen und Werte schaffen, wenn es sein muß selbst unter Gefährdung des eigenen Bestandes. Ziehen wir daraus das Fazit für die Rechnungslegung in Fällen letzterer Art, so müssen notwendig auch weitere Gesichtspunkte dafür maßgebend sein. Wenn der Rechenschaftsbericht nur *im allgemeinen zutreffend* das erzielte Resultat erkennen läßt, so sind die einzelnen

---

[1]) Vgl. auch BGB. § 259.

[2]) Vgl. Jacobi, die Pflicht zur Berufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Breslauer Festgabe für Felix Dahn, 3. Teil 257, gegen Staub, Gutachten zum 27. DJT. 1904 in den „Verhandlungen des DJT. 1904", 1, 80 ff., 87.

[3]) Jacobi, a. a. O. 257, 249.

Auch als *selbständiger* Verwalter fremden Vermögens wird der Vorstand bisweilen bezeichnet, so Rehm, Inwieweit erstrecken sich Recht und Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Einberufung einer Generalversammlung, in Holdheims MSchr. 13 (1904), 243.

[4]) RGH. 25, 179.

[5]) RGH. 25, 179; 13, 40; 14, 88; 8, 51. Einverstanden im Prinzip Staub § 260 Anm. 19; Makower § 260 Ann. 4a; Esser § 260 Anm. 1. Ferner Gierke, Genossenschaftstheorie 689, Anm. 1; Renaud, Recht der Aktiengesellschaften 603; Bähr, Verpflichtung zur Rechnungsablage in IheringsJ. 13, 251.

Abweichend Hagen a. a. O. 363, der der Bilanz eine Bedeutung für die Rechenschaftslegung abspricht. Die Bezugnahme auf Löwenfeld 327, richtiger 332, erscheint jedoch nicht beweiskräftig. Vgl. die folgenden Ausführungen Löwenfelds 332 und 333.

Bausteine des Gebäudes, wenn man diesen Vergleich gebrauchen darf, mehr oder weniger Nebensache: nicht Einzelheiten, Inhalt und Umfang der Rechenschaftsvorlagen, d. h. der Bilanz und des Geschäftsberichts, entscheiden, ob der Vorstand den Absichten der Gesellschaft gemäß gewirtschaftet hat und somit Entlastung verdient, sondern seine Haltung im großen und ganzen, seine Fähigkeit oder Unfähigkeit, die anvertraute Aufgabe im Interesse der Gesellschaft durchzuführen.

Die früheren Erwägungen (§ 7, III) bezüglich der Verwahrertätigkeit des Vorstandes sind übrigens auch für die Frage der Rechnungslegung hierüber von Bedeutung, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht.

§ 11.

Stellung des Vorstands als verwaltendes Gesellschaftsorgan.

Von der Organschaft des Vorstands war bisher schon mehrfach die Rede; auch dieser Begriff ist geeignet, im Gesamtrahmen der Aufgabe in seiner Art die einmal eingenommene Stellung hinsichtlich der Tragweite der Entlastung zu unterstützen. Wir erinnern an die vorhin berührte Streitfrage, ob der Vorstand tatsächlich fremdes Vermögen verwalte, da er als Gesellschaftsorgan selbst ein Teil der Gesellschaft sei. Über die Tatsache der „Organschaft" bestehen im allgemeinen keine Zweifel. Aus dieser theoretischen Feststellung sind dann aber auch die Konsequenzen zu ziehen, die sich für die allgemeinen und besonderen Rechte und Pflichten des Vorstands, soweit sie nicht positiv geregelt sind, und insbesondere für seine Stellung zur Generalversammlung, die auch nur ein Organ ist, daraus ergeben.[1]) Es bietet sich übrigens zunächst hier noch Gelegenheit, in kurzen Zügen das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu skizzieren, da bisher bald nur das eine, bald nur das andere dieser Organe als Objekt der Betrachtung genannt wurde oder auch ohne Unterschied von den „Verwaltungsorganen" die Rede war. Hierbei besteht aber weder die Absicht, unter Zugrundelegung des positiven Rechts dessen einzelne Bestimmungen über Dienstvertrag, Geschäftsbesorgung (BGB. § 675) usw. einer eingehenden Besprechung zu unterwerfen,[2]) da außer dem später heranzuziehenden § 665 BGB. nennenswerte Ergebnisse für unsere Frage davon nicht zu erwarten sind, noch ist es notwendig, die einzelnen Befugnisse und Funktionen von Vorstand und Aufsichtsrat aufzuzählen[3]) und gegeneinander abzuwägen. Hier genügt es zu sagen, daß der Aufsichtsrat außer seiner gesetzlichen geschäftsführenden, Vertretungs- und Überwachungsfunktion[4]) noch eine weitere, allerdings ihm nicht durch das geschriebene Recht zugeteilte Tätigkeit ausübt, daß er nämlich die Aufgaben eines sachkundigen und einflußreichen Beraters des Vorstands erfüllt,[5]) wodurch die Geschäftsführungsakte dieses letzteren gewissermaßen das Produkt eines gemeinsamen Handelns beider Organe werden. Außerdem pflegen die Statuten der meisten größeren Aktiengesellschaften dem Aufsichtsrat außer der gesetzlichen Verwaltungstätigkeit im weiteren Sinn[6]) durch die Vorschrift, ihn vor wichtigeren Entschließungen zu befragen, einen so tiefgehenden Einfluß auf die laufenden Geschäfte einzuräumen, daß zwar, was hier indes weniger interessiert, die Bedeutung des Aufsichtsrats als Oberinstanz und Überwachungsbehörde sich mindert, daß man aber wohl nicht unrichtig auch von diesem Organ als einem „verwaltenden" oder von Vorstand und Aufsichtsrat als Verwaltungsorganen sprechen kann. Für unser Problem sind die Unterschiede zwischen beiden überhaupt ohne Einfluß, da die Generalversammlung in ungefähr gleicher Art beiden gegenübersteht; die Wahl des einen oder andern Ausdrucks bisher und später bedingt daher keine sachliche Unterscheidung.

Kehren wir nun zum eigentlichen Thema dieses Abschnitts zurück. Bekanntlich unterliegt die Auffassung des eigentlichen juristischen Verhältnisses zwischen verwaltungführenden Einzelpersonen oder Personenmehrheiten und der Gesamtheit, der sie dienen, verschiedener Beurteilung. Es kann natürlich hier nur ganz kurz auf diese Streitfragen eingegangen werden, über die allein schon eine eigene Literatur existiert. Man unterscheidet darnach je nach der Stellungnahme zu dem Begriff der juristischen Person eine organische Theorie und eine andere, gegensätzliche, nach ihren Vertretern öfter auch als germanistische und romanistische bezeichnet. Die erstere sieht z. B. in der Aktiengesellschaft ein eigenes, für sich selbst bestehendes Wesen auf dem

[1]) Daß das innere Verhältnis zwischen Organen und Gesellschaft ein auftragähnliches ist, was die weiteren obigen Schlußfolgerungen in manchem unterstützt, wird anerkannt. Vgl. Lehmann JurZ. 04, 963; Simon, Einfluß des BGB. auf das Aktienrecht, ZHR. 49, 11; Tscharmann, der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften, Leipzig Jn. diss. 1896, 11; Bernau, die Amtsniederlegung der Aufsichtsratsmitglieder, Jahrb. für Dogmatik 44, 233; RG. 28, 71; 13, 44; ROHG. 6, 245.

[2]) Vgl. hierüber ausführlicher z. B. Bernau, die Amtsniederlegung, Jahrb. für Dogmatik 44, 228 ff. und weitere Literatur 233; außer dieser Tscharmann, der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften, 18, 11; Mankiewicz, die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaften, Greifswalder Jn. Diss. 1899 S. 11, 15 ff.

[3]) Wegen des letzteren vgl. Makower § 246 Anm. III a.

[4]) Vgl. Rieser, Zur Aufsichtsratsfrage, Festgabe für Koch 295 ff.

[5]) Rieser a. a. O. 296 f.

[6]) HGB. §§ 192, 193, 195, 222 Abs. 4, 232 Abs. 2, 238, 246 Abs. 2, 274 Abs. 1 Satz 2, 284.

Gebiete der Körperschaftsrechte, nicht identisch mit der Gesamtzahl der Aktionäre, ausgestattet mit „Organen", durch die es in der realen Welt der sichtbaren Dinge in Erscheinung tritt, seinen Willen kundgibt und rechtswirksam handelt; die andere kennt nur körperliche Personen, keine solche Gesamtpersonen. Mag man aber nun das Wesen der juristischen Person nach römischem Recht und mit Savigny als ein auf Fiktion beruhendes Rechtsgebilde oder mit Brinz und Demelius als ein bestimmten Zielen dienendes Zweckvermögen bezeichnen oder es mit Ihering als künstlichen Mechanismus betrachten, dazu geschaffen, den Mitgliedern einer Korporation und den Beteiligten einer Stiftung den Genuß ihrer Rechte zu erleichtern, in jedem Falle stehen nach dem romanistischen Gedanken die physischen Personen, welche die Verwaltung führen, ihr getrennt und fremd gegenüber; ihre Handlungen beurteilen sich durchaus wie die eines gewöhnlichen Vertreters in sonstigen gesetzlichen Vertretungsfällen. Darnach muß sich auch ihre Haftung, der Kreis ihrer Befugnisse und ihre Rechenschaftspflicht richten.

Die deutschrechtliche, von Beseler und Bluntschli begründete und namentlich von Gierke ausgebaute Organtheorie, auch Körperschafts- oder Genossenschaftstheorie genannt, betrachtet als entscheidende Frage diejenige, ob die Differenzierung der Gesamtperson gegenüber ihrem Organ rechtlich identisch ist mit der Verschiedenheit zwischen der Individualperson A und einer fremden Person B oder nicht, und zwar bestreitet sie eine solche Identität; den Unterschied zwischen einem Vertreter und einer Organperson d. i. einer physischen dem Organ angehörenden Person z. B. einem Vorstandsmitglied drückt sie in der Gegenüberstellung aus: Eine Gesamtperson muß Organpersonen und kann Stellvertreter, eine Individualperson kann nur Stellvertreter haben.[7]) Die Organe stehen, anders wie gewöhnliche Vertreter, in einem besonderen, näheren Vertrauens- und Treuverhältnis zur Gesamtperson und haben andrerseits auch einen Anspruch auf Schutz und Rücksicht; den Umfang ihrer Befugnisse, die sich meist einzeln nicht scharf abgrenzen lassen, pflegt man häufig als Kompetenz zu bezeichnen. Das positive Recht, das in § 231 Abs. 1 HGB. von einer „Vertretung" der Aktiengesellschaft durch den Vorstand spricht, auf die ohne Zweifel die §§ 164 ff. BGB. mit der Überschrift „Vertretung" Anwendung finden, steht obigem Ergebnis nicht entgegen, denn abgesehen davon, daß in §§ 164—181 BGB. fast nur Bestimmungen für das Verhältnis des Vertreters nach außen enthalten sind, während die Organschaft in der Hauptsache innere Beziehungen erfaßt, hat es nichts bedenkliches, für die rechtsphilosophische Betrachtung einen eigenen allgemeinen Begriff des Stellvertreters als Gegenstück zum Organ bezw. der Organperson anzunehmen, welchen Unterschied das BGB. eben nicht macht, sondern ohne Rücksicht auf die inneren Beziehungen jede Person „Vertreter" nennt, die für einen andern handelt oder Erklärungen abgibt.

Was aus dieser Auffassung der Organtheorie, die heute wohl als herrschend bezeichnet werden kann, für unsere Frage resultiert, liegt auf der Hand. Ist der Vorstand als Organ mit der Gesellschaft so enge verbunden, ist er sogar fast ein Teil von ihr und steht er demzufolge in einem so nahen Vertrauensverhältnis, so muß notwendig seine Geschäftsführung, seine Rechenschaft um soviel anders gestaltet werden, als seine Stellung von der eines fremden Vertreters, beispielsweise im Prozeß, abweicht. Da er sich nach dem Willen des Gesetzes im Besitz jener Kenntnisse befindet, die die tägliche Arbeit in der Verwaltung verschafft, da er die Lage des Ganzen am besten zu übersehen vermag, während die Generalversammlung kraft desselben Gesetzes diese Kenntnisse und diesen Überblick nicht hat, so wird man ihm billigerweise das Recht gewähren müssen, der Generalversammlung mit Rücksicht auf die Offenkundigkeit all ihrer Handlungen in einem Jahresbericht nicht alles mitzuteilen, wenn nach seiner Überzeugung und besseren Einsicht das Interesse der Gesellschaft es verlangt. Eine in solcher Unkenntnis erteilte Entlastung aber verliert auch späterhin nichts an ihrem Wert und ihrer befreienden Wirkung.

§ 12.

Stellung der Generalversammlung als entscheidendes und richtendes Gesellschaftsorgan.

Gewöhnlich pflegt man von den drei Organen, die eine Aktiengesellschaft gesetzlich haben muß, die Generalversammlung als höchstes, als souveränes Organ zu bezeichnen mit der stillschweigenden Annahme, als liege in ihr das eigentliche innere Wesen der Gesellschaft verkörpert. So z. B. das ROHG.[1]); es fügt noch hinzu: Die General-

[7]) Vgl. Preuß, Stellvertretung oder Organschaft in IheringsJ. 44, 474. Über die ganze Frage Gierke, Genossenschaftstheorie 614 ff., 689 ff.; derselbe, Deutsches Privatrecht 1, 473, 498; derselbe, Das Recht der Verbandspersönlichkeit in IheringsJ., 35, 221 ff., jeweils mit zahlreichen Entscheidungen. Eine weitere Entscheidung auch vom OLG. Karlsruhe in der Zeitschrift für Aktienrecht 1892, 58. Ferner Höland, Die Organe der Aktiengesellschaften, Erlanger Jn. Diss. 1886; Gumprecht, Über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Leipz. Jn. Diss. 1902, 32; Simon, Recht und Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstands von Aktiengesellschaften zur Einberufung von Generalversammlungen, DJZ. 1904, 781. Jn Kontroversen gegen Preuß Schloßmann, Organ und Stellvertretung und derselbe, Organ und Stellvertreter in IheringsJ. 44, 239 ff. Dagegen die Studie von Preuß in SchmollersJ. 26 (1902) 557 ff., Über Organpersönlichkeit.

[1]) 15, 125.

versammlung ist sowohl Prinzipal der Verwaltungsorgane als auch Inhaberin alleiniger freier Willensbestimmung.[2]) Entspräche aber in der Tat diese Souveränität der Generalversammlung dem geltenden Recht, so müßte man allerdings erhebliche Bedenken tragen, dem Vorstand und in gewissem Maße auch dem Aufsichtsrat prinzipiell eine solche Selbständigkeit auf Kosten der Generalversammlung einzuräumen, wie dies einen Grundzug aller bisherigen Gedankengänge bildet.

Die Generalversammlung ist *formell* das höchste Organ, gewiß, sie entscheidet und richtet in letzter Instanz über die Tätigkeit der beiden andern, sie ist aber *nicht das wichtigste Organ*. Zunächst muß nochmals hervorgehoben werden, daß die Generalversammlung eben *auch nur* ein Organ und nichts höheres ist, Vorstand und Aufsichtsrat sind nicht ihre Diener[3]) und Angestellte, sondern gleichstehende Mitarbeiter; daran ändert auch die Widerruflichkeit der Bestellung eines Vorstandsmitglieds (§ 231 Abs. 3 HGB.) nichts. Der Vorstand leitet auch seine Rechte nicht von der Generalversammlung, sondern aus der Verfassung der Gesellschaft ab.[4]) Die Generalversammlung hat allerdings die Funktionen eines Richters über die andern Organe, aber eines solchen, dessen Hilflosigkeit ebensogroß ist wie sein Mangel an Kenntnissen und seine Unfähigkeit, sich aus eigener Wahrnehmung über das, was Gegenstand seines Richterspruchs sein soll, zu informieren. Die Generalversammlung, die nur als sog. unständiges Gesellschaftsorgan[5]) vegetiert, muß *im Regelfall* erst von demjenigen, über den sie zu Gericht sitzt, einberufen werden (§ 253 Abs. 1 HGB.), sie bedarf seiner Hilfe, um überhaupt nur einmal Kenntnis zu erlangen, wie es um die Gesellschaft, die sie verkörpert, steht (§ 260 Abs. 1 und 2), sie tritt nach außen hin überhaupt fast nicht in Erscheinung (§ 231 Abs. 1), wie ihr auch jeder Einfluß auf den Gang der täglichen Geschäfte fehlt. Diese Einengung kann auch trotz ihres Willens niemals beseitigt werden; solange keine gesetzliche Änderung eintritt, bleibt die Generalversammlung gebunden durch die Organisation der Gesellschaft.[6]) Gierke[7]) faßt das Verhältnis des Vorstands zur Generalversammlung dahin auf, der Vorstand habe, obwohl gehalten, die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen und ihr Verantwortlichkeit schuldend, dennoch als Träger einer nicht von ihr abgeleiteten Gewalt nicht nur nach Außen eine dem Bereich der Versammlungsbeschlüsse völlig entrückte Vertretungsfunktion, sondern auch nach Innen einen wesentlichen Teil von Regierungsfunktionen mit eigener Verantwortlichkeit. Die angebliche Omnipotenz der Generalversammlung muß deshalb auch insofern versagen, als sie den Vorstand vor der gesetzlichen, z. B. straf-, steuerrechtlichen Haftung für auf ihre Weisung vorgenommene Handlungen nicht immer zu schützen vermag.[8])

Wir glauben im vorstehenden den theoretischen Beweis erbracht zu haben, daß es der gesetzlichen Stellung der Generalversammlung keinen Eintrag tut, wenn man in gewissen Fällen, wie sie die besonderen „Grundsätze" vorsehen, ihre Entlastungserklärung weiter dehnt, als sie es selbst beabsichtigte, denn das Interesse der Gesellschaft, das in bestimmten Lagen eben *nur* die Verwaltungsorgane wahrnehmen können, indem sie Geschäftsinterna verschweigen, geht den oftmals mißverstandenen Interessen *eines* Gesellschaftsorgans zweifellos vor.

Gleichwohl muß hier Stellung genommen werden gegen die *allzugroße* Niederdrückung der Generalversammlung, wie sie in der Literatur teilweise vertreten wird; insbesondere die Praxis ist meist sehr schlecht auf sie zu sprechen und möchte sie am liebsten ganz beseitigt sehen. Hiergegen Front zu machen, ist deshalb nötig, weil das Gesetz ihr nun einmal wichtige Aufgaben anvertraut hat, deren nach Vieler Meinung ungenügende Lösung noch nicht berechtigt, das Gesetz systemwidrig zu interpretieren. Wenn z. B. Ihering[9]) sagt, „welchen Wert die Rechnungsablage vor der Generalversammlung hat, lehrt der Umstand, daß Lug und Trug durch sie in keiner Weise behindert worden sind; ebensogut könnte man einen Unmündigen dadurch zu schützen gedenken, daß der Vormund *ihm* Rechnung abzulegen habe," oder wenn Hecht[10]) von einem „Scheinorgan der Rechen-

---

[2]) Ihre Kompetenz findet sich zusammengestellt z. B. bei Makower § 250 Anm. 5b 2.

[3]) So allerdings noch neuestens OLG. Dresden, Urt. v. 10. 11. 05 in der Rechtsprechung der OLG. 11, 385.

[4]) Simon, Recht und Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstands von Aktiengesellschaften zur Einberufung einer Generalversammlung DJZ. 1904, 781.

[5]) Rehm in HoldheimsMSchr. 13, 240.

[6]) RG. 3, 123, vgl. ferner 26, 133.

[7]) Genossenschaftstheorie 690.

[8]) Über diese Fragen vgl. Staub § 241 Anm. 4 Lehmann-Ring § 241 Anm. 6; Makower § 241 Anm. 2b; Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, 916. Bezüglich des Aufsichtsrats Stier-Somlo, Die Reform des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft in der ZHR. 53, 61; Gumprecht, Über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft 24f., 41; Thomas, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Leipz. In. Diss. 1903, 44; von Mayer, Die zivilrechtliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft 22; Perl, Das Recht des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft in GruchotsBeitr. 27, 631; ferner Bekker, Beiträge zum Aktienrecht, ZHR. 17, 427; Frankenburger, Handausgabe des HGB. zu § 246; Gareis § 241 Anm. 14; Entsch. des RG. 5, 23, bei Bolze 20, Nr. 197; Entsch. in Straff. 5, 161f.; in Zivils. 46, 60; v. 24. 4. 1900 in HoldheimsMSchr. 9, 191.

[9]) Zweck im Recht 1, 227.

[10]) Mißstände im Wesen der Aktiengesellschaften, Vortrag im Verein für Sozialpolitik, Abdruck eines Referats in HoldheimsMSchr. 12, 276.

schaftsablage“ spricht, so mag man dem vollauf zustimmen; den daran geknüpften Forderungen wird man aber vorläufig nicht zu folgen vermögen, denn nicht die Praxis des Lebens, sondern die Auffassung des Gesetzes ist maßgebend.[11]) Darnach muß man sich stets vorhalten, daß — um gleich auf den Kern der Sache zu kommen — die Offenbarungspflicht der Verwaltungsorgane an die Generalversammlung die Regel und das Normale sein muß, während Fälle, wie sie das eigentlich Streitige ausmachen, in denen der Generalversammlung Dinge verschwiegen werden und trotzdem ihre Entlastung beantragt wird, Ausnahmen bleiben, deren Berechtigung eben auf einem höheren Gebot beruht. Was man übrigens der Generalversammlung vorwirft, ist zu bekannt, als daß wir uns hier damit aufhalten könnten. Der häufige leichte Wechsel der Aktionäre, der starke Einfluß gewisser Großbanken, ein nur auf seinen persönlichen Vorteil bedachtes Cliquenwesen, Kenntnislosigkeit und vor allem Mangel an tatkräftigem Interesse[12]) seitens der Aktionäre zeigen sich als vielfach getadelte und besserungsbedürftige Übelstände.[13])

Damit sind in der Hauptsache die Punkte, die zur theoretischen Rechtfertigung der in den Grundsätzen über die Tragweite der Entlastung eingenommenen Stellung dienlich erschienen, erledigt. Es dürfte im bisherigen der Nachweis erbracht sein, daß erhebliche allgemein-rechtliche Schwierigkeiten nicht dagegen bestehen; gleichzeitig sind aber auch durch den Hinweis auf das positive Recht die Schranken errichtet, die durch Erwägungen rein praktischer Natur nicht überschritten werden dürfen.

[11]) Lehmann in der DJZ. 1904, 963.

[12]) In einer Zusammenstellung bei Rosendorff, Bankbrüche und Bankkatastrophen, Ann. des Deutschen Reichs 1902, 197 findet sich hierfür ein interessanter Beleg. Darnach betrug die geringste Teilnahme der Aktionäre an Generalversammlungen 6 Personen und in einem andern Fall 1,3 Prozent des Aktienkapitals; das Maximum war 40% und zwar bei einer kleineren Gesellschaft.

[13]) Vgl. den Bericht der Spezialkommission zur Untersuchung des Eisenbahnkonzessionswesens in den Drucksachen des Preuß. Abgeordnetenhauses XII. Legislaturperiode, 1. Session Nr. 11, wo S. 184 gesagt wird, daß die Aktionäre regelmäßig kritiklos den Interessen ihrer Gesellschaft gegenüber stünden. Von anderen Stimmen hierüber seien genannt Pinner, Der Aufsichtsrat und seine Gegner, DJZ. 1901, 375; Löb, Das Institut des Aufsichtsrats, seine Stellung und Bedeutung im deutschen Aktienrecht usw. in den JB. für Nationalökonomie und Statistik 23, 14; Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaften, 299; Behrend, Gutachten über die Aktiengesellschaften, Bd. I der Schriften des Vereins für Sozialpolitik 45; Simon, Der Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften in der ZHR. 29, 472; derselbe, Recht und Pflicht des Aufsichtsrats und Vorstands von Aktiengesellschaften zur Einberufung einer Generalversammlung, DJZ. 1904, 779 f.

2. Kap.: Besondere praktische Begründung.

§ 13.

Die Wirkung der Entlastung für erkennbare Tatsachen.

Wenn man das früher geschilderte Hagen'sche Prinzip, wonach die Generalversammlung nur entlasten könne für das, was ihr ausdrücklich im Geschäftsbericht unterbreitet ist, zunächst nur um ein weniges erweitert, so gelangt man zu der Maxime, wie sie oben in dem ersten Grundsatz (A) niedergelegt ist. Darnach soll die Entlastung nicht nur die ausdrücklich erwähnten oder zur Diskussion gelangten Geschäftsvorfälle umfassen — soweit Hagen —, sondern auch diejenigen Tatsachen, die aus der Bilanz, dem Geschäftsbericht und deren Unterlagen überhaupt erkennbar waren. Es ist zuzugeben, daß diese Normierung in ihrer scheinbaren Selbstverständlichkeit sich wenigstens von dem Vorwurf allzustarker Einengung der Entlastungswirkung freihält; sie hat auch bis jetzt die meisten Vertreter und unter ihnen als gewichtige Instanz das RG. Bekannt sind in der Fachliteratur hauptsächlich zwei ältere Entscheidungen. In der einen[1]) sprach sich der höchste Gerichtshof dahin aus, eine erhobene Schadensersatzklage für eine zum Nachteil der Gesellschaft ausgefallene Maßregel sei als begründet zu betrachten gewesen, weil die betreffende Handlung nicht im Rechenschaftsbericht erschienen sei; kurz vorher war aber die Sache doch etwas weiter gefaßt und mit den Worten ausgedrückt, die Generalversammlung „präjudiziere sich mit ihrer Entlastung nur soweit, als sie aus den ihr gemachten Vorlagen die Geschäftsführung des Vorstands zu übersehen vermöge.“ Diese letztere, gegenüber der ersten etwas freiere Auffassung war auch in einem anderen Urteil[2]) bereits früher zu einem ähnlichen Ausdruck gelangt. In den seither der Öffentlichkeit zugänglich gewordenen Erkenntnissen wechselt die Wortfassung mitunter, so heißt es z. B. in einer Entsch. v. 7. 11. 03[3]), daß für Inhalt und Umfang der Beschlüsse der Generalversammlung „nur das maßgebend sei, was ihr als solcher direkt oder indirekt zur Beschlußfassung unterbreitet worden sei“[4]), während andere Begründungen und zwar diejenigen neueren Datums fast durchgängig „nicht erkennbaren“ Tatsachen kurzweg die Wirkung der Decharge versagen.[5]) Man kann also wohl von

[1]) Entsch. in Zivils. 13, 51.

[2]) 12, 77.

[3]) In HoldheimsMSchr. 13 (1904) 132.

[4]) In diesem Erkenntnis ist auf ein anderes in gleichem Sinn ergangenes Urt. v. 16. 9. 03 Bezug genommen.

[5]) Vgl. bei Bolze, 17, 538; Entsch. in Zivils. 46, 60, v. 25. 11. 02 in der BadRpr. 1903, 122 = Recht 1903, 319 = Zeitschrift für Aktiengesellschaften 10, 283; v. 1. 12. 02 in der ElsLothZ. 28, 549; v. 23. 11. 04. Recht 9, 169 und Holdheim 14, 140.

einer konstanten Rechtsprechung des RG. in dieser Richtung reden; trotz mancherlei Angriffen hat es bis jetzt keinen Anlaß gefunden, hiervon abzugehen, wie es gelegentlich selbst hervorhob.[6]) Angesichts dieser Tatsache dürfte allerdings eine gewisse Vorsicht in der Aufstellung erweiterter Grundsätze als Zugeständnisse an die Forderungen der Praxis am Platze sein; es sei jedoch vorgreifend bemerkt, daß für den einzelnen konkreten Fall sowohl nach dem Richtpunkt, wie sich ihn das RG. gesetzt hat, wie nach den erweiterten Normen, die im folgenden zu begründen sind, sich meist das gleiche Resultat ergibt, denn die Ursachen, die den betreffenden Prozessen zugrunde liegen, sind oft derart, daß sie auch nach unserer Auffassung niemals ihren Veranlassern die Wirkung einer Entlastung verschaffen können; gemeint sind vor allem jene Handlungen, die, abgesehen von ihrem etwaigen strafrechtlichen Charakter, das Merkmal der Arglist gegen die Gesellschaft an sich tragen, wie Unterschlagungen und dergl. Schon in den allgemeinen Grundsätzen über die Tragweite der Entlastung ist derartigen Vorfällen überhaupt eine Bedeutung für unsere Aufgabe abgesprochen worden; die Abweichungen von der Auffassung des RG. beschränken sich deshalb auf Grenzfälle, wo es deshalb auch als geringeres Wagnis erscheint, den festen Boden einer konstanten Rechtsprechung zu verlassen.

Es ist übrigens von großem Interesse, festzustellen, daß auch das RG. nicht allezeit von der unumstößlichen Richtigkeit seiner Theorie überzeugt war. In einer Entsch. v. 16. 10. 86[7]) gibt der damals erkennende 1. ZivSen. zu verstehen, daß man über die Auffassung des III. Senats, von dem das Erkenntnis 12, 77 herrührt, immerhin verschiedener Meinung sein könne; leider nötigte der Tatbestand das Gericht nicht dazu, entschieden Stellung zu nehmen oder eine Plenarentscheidung herbeizuführen. Der betreffende Passus lautet wörtlich:

„Ob der . . . Auffassung eines Dechargebeschlusses der Generalversammlung in dem einschränkenden Sinn einer sich bloß auf die aus den gemachten Vorlagen erkennbare Geschäftsführung beziehenden und die Entscheidung über die daraus nicht erkennbare Geschäftsführung offen lassenden Entlastungserklärung diesseits beizutreten wäre, kann unentschieden bleiben."[8])[9])

Fälle, in denen Untergerichte eine abweichende Stellung zum RG. einnehmen, kommen offenbar nicht allzu selten vor, mangels geeigneter Publikationen bleiben sie aber meist unbekannt. Das RG. hat sich jedenfalls dadurch noch zu keinem Positionswechsel bestimmen lassen, woran allerdings teilweise mangelnde Begründung der untergerichtlichen Urteile Schuld sein dürfte. Dies scheint beispielsweise in einer Sache der Fall gewesen zu sein, in der der II. ZivSen. am 28. 11. 02 erkannte.[10]) Dort heißt es:

„Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, welche besonderen Umstände es rechtfertigen könnten, der Genehmigung einer Bilanz[11]) die Bedeutung eines Verzichts mit der weitgehenden Wirkung beizulegen, wie es von dem LG. geschieht. Andernteils hat das Berufungsgericht nicht besonders in den Kreis seiner Erörterungen gezogen, ob die Genehmigung der Bilanz die angegebene Wirkung auch in dem Falle habe, daß ihre Prüfung trotz Anwendung aller Sorgfalt zu einem unrichtigen, auf Irrtum des Genehmigenden beruhenden Ergebnisse geführt habe" usw.

Aus dem Umstande, daß das RG. stets von „erkennbaren" Tatsachen spricht, muß geschlossen werden, daß die Entlastung auch diejenigen Dinge erfaßt, die in Wirklichkeit von der Generalversammlung aus irgend einem Grunde tatsächlich nicht erkannt wurden, sofern sie eben nur wahrgenommen werden konnten. Dies entspricht auch durchaus der Billigkeit; denn die Verwaltung nachträglich für Dinge haftbar machen zu wollen, die der Generalversammlung vielleicht infolge Interesselosigkeit und Oberflächlichkeit entgingen, würde einen starken Verstoß gegen die gleichmäßige Verteilung der Pflichten an die verschiedenen Organe bedeuten. Übrigens hat das RG. auch über das Maß dessen, was die Generalversammlung an eigener Prüfungstätigkeit leisten und was der Vorstand ihr ohne weiteres mitteilen müsse,

[6]) So im Urt. v. 25. 11. 02 und v. 23. 11. 04 (vgl. vorige Anm.). In letzterem wird ausdrücklich gegen die Kritiker des RG. Stellung genommen; die Fassung ist hier die, daß „die Entlastung nicht weiter reiche, als aus dem von der Generalversammlung unterbreiteten Material zu ersehen sei." Indessen sucht das RG. doch den Forderungen der Praxis einigermaßen nachzukommen, indem es erklärt, daß die Entlastung die Tätigkeit der Verwaltung in vollem Umfang decke, wenn als erkennbar gewollter Gegenstand des Dechargebeschlusses die gesamte, einheitliche Verantwortung der Verwaltungsorgane anzunehmen sei. Die Generalversammlung könne ja vor der Entlastung Details und Aufklärungen verlangen.

[7]) In Zivils. 18, 63 = Bolze 4, 264.

[8]) Der folgende Satz, daß „bei einer Erstreckung des Dechargebeschlusses auf die gesamte Geschäftsführung während einer Geschäftsperiode die Unvollständigkeit und Unrichtigkeit der Vorlagen nur als zur Anfechtung wegen Irrtum oder Dolus geeignete Umstände zu betrachten seien", steht offenbar auch in gewissem Gegensatz zu Staubs Auffassung (Komm. § 260 Anm. 12), der hierfür Unwirksamkeit, nicht bloß Anfechtbarkeit nach §§ 119 und 123 BGB. annimmt. Hierüber war schon oben (§ 5) die Rede.

[9]) Vgl. aber für die neueste Auffassung das in Anm. 6 Gesagte.

[10]) Enthalten in der JW. 1903, 28.

[11]) Mit der offenbar die Entlastung auf Grund der Bilanz und des Geschäftsberichts Hand in Hand ging.

seine verschiedene Meinung gehabt.[12]) Wenn der Generalversammlung zwar mehrere Mittel zu Gebote stehen, sich weitere Aufklärung zu verschaffen, falls ihr die Vorlagen des Vorstands und Aufsichtsrats nicht genügen, so muß sie doch zunächst selbst beurteilen können, ob der Gebrauch dieser Mittel nötig und rätlich ist. So hat sie zunächst ein Fragerecht,[13]) sowie die Befugnis, die Verhandlung zu vertagen (§ 264 GHB.) und Revisoren zu ernennen (§ 266 HGB.).[14]) Macht sie hiervon aber keinen Gebrauch, so wird man nicht fehlgehen, ihr die Gefahr dafür zu überlassen, daß ihr Dinge von Wichtigkeit unbekannt bleiben,[15]) die Entlastung umfaßt trotzdem auch jene nicht weiter geklärten Teile der Geschäftsführung. Eine andere Frage ist jedoch die, welche Beziehungen zwischen den Revisoren bezw. einer Revisionskommission und der ihren Bericht entgegennehmenden Generalversammlung obwalten, wenn auf der einen oder anderen Seite ein Irrtum oder eine Täuschung unterlief. Der letztere Fall liegt einfacher wie der erste: geschah das arglistige Verhalten seitens des Vorstands oder Aufsichtsrats allein oder im Einverständnis und unter Mitwirkung der Revisoren, so ist die Entlastng bedeutungslos und anfechtbar, wurde dagegen die Generalversammlung durch die Revisoren allein ohne Kenntnis und Zustimmung der Verwaltungsorgane absichtlich irregeführt, so sind Vorstand und Aufsichtsrat als entlastet anzusehen; die Generalversammlung mag sich an ihren Beauftragten schadlos halten. Nicht ganz unbestritten liegt die Sache beim Irrtum ohne Täuschungsabsicht. Jedoch wird anerkannt, daß eine Entlastung gültig sein müsse, wenn die Generalversammlung sich irrte, während die Revisoren keinem Irrtum verfielen,[16]) ohne Zweifel mit Recht. Dagegen kann man geteilter Ansicht sein, ob die Generalversammlung auch durch einen Irrtum der von ihr ernannten Revisoren sich gegenüber der Verwaltung präjudiziert und an ihre daraufhin erteilte Entlastung gebunden ist. Nach der Meinung des ROHG.[17]), der andere gegenteilige Äußerungen namentlich des RG. nicht erwuchsen, ist die Frage zu bejahen, die Entlastung wäre also nicht anfechtbar; die Generalversammlung mache eben ihre Wahrnehmungen *durch* die Revisoren und die Wirkung sei die gleiche, als ob sie selbst geprüft habe. Wenn man diesen Standpunkt damit vergleicht, wie das BGB. eine verwandte Materie in § 166 Abs. 1 geregelt hat, wonach für die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung infolge von Willensmängeln oder der Kenntnis oder des Kennenmüssens gewisser Umstände nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt, so wird man zugestehen müssen, daß jene ältere Auffassung auch für den heutigen vom BGB. beherrschten Rechtszustand noch ihre Bedeutung behalten hat. Die Streitfrage wäre also gegen Hagen[18]) im Sinn des ROHG. zu entscheiden.

Fragen wir zum Schluß, welche Stellung die Literatur zur Ansicht des RG. über die Tragweite der Entlastung einnimmt, so haben wir zunächst einen erheblichen Mangel an monographischen Darstellungen zu konstatieren, die einigermaßen ausführlich sich mit dem Gegenstand beschäftigen. Die nachstehend genannten Autoren begnügen sich in der Regel, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG. ihre Zustimmung zu erklären. Etwas weitergehend als die landläufige Meinung scheint Lehmann-Ring in seinem Kommentar[19]) die Grenze zu stecken, aber auch nur unter Beschränkungen, während Makower[20]) die übliche Formulierung überhaupt verwirft. Positive Regeln und Grundsätze, deren Aufstellung und Begründung den Hauptzweck dieser Arbeit bilden soll, sind, soweit zu sehen, nirgends zu festen Formen gediehen. Die hauptsächlichsten Stimmen, die sich im allgemeinen — kleine Änderungen der Wortfassung ausgenommen — ähnlich dem RG. ausgesprochen haben, finden sich in der Anmerkung zusammengestellt.[21])

---

[12]) RG., Entsch. in Zivils. 12, 77 8 und andrerseits, später als dort, bei Bolze 15, 126. Ferner wieder mehr im ersteren Sinn RG. v. 7. 11. 03 in der JW. 33, 43 und in HoldheimsMSchr. 13, 132, ferner v. 23. 11. 04, oben Anm. 6.

[13]) Vgl. Nothnagel a. a O. 112.

[14]) Daß es genügt, wenn die Generalversammlung durch Revisoren Kenntnis von Pflichtverletzungen erhält, auch ohne eigene Wahrnehmung, ist, soweit zu ersehen, unbestritten. Vgl. ROHG. 22, 280; Staub § 260 Anm. 10; Renaud, Recht der Aktiengesellschaften, 629. Kenntnis des Aufsichtsrats, der ja selbst entlastet werden muß, genügt selbstverständlich nicht. RG. bei Bolze 11, 217; Lehmann-Ring § 260 Anm. 5. A. M. Simon, Bilanzen 21 ff.

[15]) Siehe auch Makower § 260 Anm. 5 b; Pinner § 260 Anm. 9 formuliert den Satz dahin, daß die Entlastung auch diejenigen Vorgänge ergreife, welche von der Generalversammlung mittelst der ihr zustehenden Ernennung von Revisoren hätten ermittelt werden können. Ähnlich Simon, Bilanzen 21 ff. Nothnagel a. a. O. 112.

ROHG. 22, 280. Auch in Fuchsberger, Entsch. des ROHR. und RG. in Handelss. zu § 260.

[17]) 22, 280, ferner ebenso Lehmann-Ring § 260 Anm. 5; Dernburg, Bürgerliches Recht 2, 92; konsequenterweise gegenteiliger Meinung Hagen a. a. O. 364. Über eine damit früher verbundene Schwierigkeit Bekker in der ZHR. 17, 645.

[18]) Vgl. Anm. 17.

[19]) § 260 Anm. 5.

[20]) Komm. § 260 Anm. 4 b.

[21]) Staub § 260 Anm. 10, 8. Aufl., Anm. 14. Goldmann 2, 1075; Esser, Die Aktiengesellschaft § 260 Anm. 6; Pinner, Das deutsche Aktienrecht, Komm. 201; Frankenburger, Handausgabe des HGB. Anm. zu § 260; Simon, Bilanzen 19; Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaft 610; Gierke, Genossenschaftstheorie 691, Anm. 1; Dernburg, Bürgerliches Recht 2, 92; Crome, Lehrbuch des

Was insbesondere Staubs Äußerungen betrifft, deren Autorität wohl stark ins Gewicht fallen mag, so polemisiert er zwar wider das RG. (von dem er aber nur die zwei ältesten bekannten Entsch.[22]) zitiert), daß dessen Beurteilung zu eng sei; gegen die Fassung, wie sie dort das RG. beliebte — Erkennbarkeit von Pflichtverletzungen aus den „Jahresrechnungen" — sticht allerdings seine Erklärung, daß nur diejenigen Punkte durch die Entlastung nicht gedeckt seien, die sich weder aus den Jahresrechnungen, noch aus den Büchern und Schriften der Gesellschaft erkennen ließen, stark ab. Allein wenn überhaupt jenes die Meinung des RG. gewesen sein sollte, so hat es jedenfalls in den späteren Erkenntnissen den untechnischen Ausdruck „Jahresrechnung", wohl gleichbedeutend mit Bilanz, nicht gebraucht und die Tragweite der Entlastung von der Erkennbarkeit der betreffenden Tatsachen aus den „Vorlagen" im ganzen abhängig gemacht. Ein Recht der Verwaltungsorgane, der Generalversammlung etwas direkt zu verheimlichen, wenn das Gesellschaftsinteresse es erfordert, erkennen aber ausdrücklich weder Staub noch das RG. an.[23])

§ 14.

Die Tragweite der Entlastung mit Bezug auf nicht erkennbare Tatsachen.

I. Unter B der „Grundsätze" findet sich zunächst folgende These: Von nicht erkennbaren Geschäftsvorgängen werden durch die Entlastung gedeckt:

1. Tatsachen, die an sich, rechtlich und tatsächlich, formell und materiell, insbesondere auch finanziell ohne Einfluß auf den Geschäftsgang geblieben sind.

In diesem Satze beginnt eine vorerst nur unbedeutende Überschreitung der Grenzen, die die herrschende Meinung für die Tragweite der Entlastung gezogen hat. Sie bedarf aber um so weniger einer besonderen Rechtfertigung, als sie eigentlich im Grunde genommen gar keine solche ist, sondern nur der ausdrückliche Ausspruch einer wohl auch von Vertretern jener Ansicht gebilligten selbstverständlichen Annahme. In die Kategorie solcher Tatsachen gehören kleinere Verluste, wie sie in jedem umfangreichen Betrieb vorkommen, geringfügige Veruntreuungen Angestellter,[1]) elementare Schäden ohne tiefgreifendere Folgen usw., endlich aber auch jene vielen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die der Verkehr tagtäglich fordert und deren selbständige Erledigung die Gesellschaft von ihrem Vorstand ohne weiteres vorausgesetzt, mit anderen Worten die sog. laufenden Geschäfte. Solche Dinge gehören überhaupt nicht in den Geschäftsbericht, wie schon früher bemerkt; gleichwohl kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch sie von der Entlastungswirkung eingeschlossen sind.

2. Tatsachen, die zwar an sich von Einfluß auf den Geschäftsgang wären, denen aber durch andere in entgegengesetzter Richtung wirkende Vorgänge die tatsächliche Erheblichkeit für das Endergebnis wieder genommen ist.

Als Beleg und Beispiel für die Fälle, wie man sie hierbei im Auge haben kann, sei auf einen Vorfall Bezug genommen, wie er wohl öfter in ähnlichen Umständen wiederkehren dürfte.[2]) Bei einer kleineren Aktiengesellschaft hatte ein Vorstandsmitglied 100 000 Mk. unterschlagen. Der Aufsichtsrat, dem ein Bruder des Schuldigen Ersatz unter der Bedingung anbot, es dürfe die Sache nicht im Geschäftsbericht oder sonstwo erwähnt werden, fürchtete jedoch bei Annahme dieses Anerbietens eine Bestrafung wegen Bilanzverschleierung und verhielt sich ablehnend. Der Erfolg war, wie Simon etwas sarkastisch schildert, daß der Direktor verschwand, der Bruder nicht zahlte, die Gesellschaft fast die Hälfte des Grundkapitals verlor und der Wahrheitsfanatismus die Ehre und die Gesellschaft das Nachsehen hatte. Solcher Fälle, auch derart, daß unvorhergesehener Verlust durch ebenso unerwarteten Gewinn sich ausgleicht, ließen sich noch mehrere heranziehen. Eine Entlastung kann bei Umständen der gedachten Art stets als unanfechtbar beansprucht werden, selbst wenn eine Erwähnung im Geschäftsbericht unterblieb und die Sache auch sonst nicht irgendwie erkennbar hervortrat, sofern nur das Verschweigen wirklich begründet und eine Beeinflussung des Jahresresultats ausgeschlossen ist. In dem Simon'schen Fall hält übrigens selbst ein Vertreter des sog. Offenheitsprinzips, Bondi,[3])

---

bürgerlichen Rechts 1, 601; Löwenfeld, Recht der Aktiengesellschaften 357; Nothnagel, die Entlastung des Vorstands einer Aktiengesellschaft in der Generalversammlung der Aktionäre, Allg. österr. GerichtsZ. 51, 112; anscheinend auch Rießer, Zur Revision des Handelsgesetzbuches, Beilageheft zur ZHR. 33, 69.

[22]) 12, 77 und 13, 51.

[23]) Vgl. jedoch Anm. 13 zum folgenden Paragraphen.

[1]) Daß in solchen Auslassungen auch keine strafbare Verschleierung liegt, betont Simon in seinen Betrachtungen über Bilanzen und Geschäftsberichte der Aktiengesellschaften aus Anlaß neuerer Vorgänge, Festgabe für Koch 1903, 411. Er verweist dort auf ein Urteil des RG. in Strafs. (21, 172), dessen analoge Anwendung vielleicht auch hier gestattet ist. Das Erkenntnis besagt, daß Angelegenheiten, die das Urteil über den Stand der Verhältnisse nicht beeinflussen, wenn auch unrichtig dargestellt, dem Bericht noch nicht den Stempel eines falschen aufdrücken, es wird aber vorsichtig hinzugesetzt, dies gelte nur für ganz geringfügige Angelegenheiten.

Ähnliche Erwägungen rechtfertigen auch den obigen und den folgenden Grundsatz.

[2]) Hier entnommen aus Simon, Betrachtungen a.a.O 409.

[3]) Offenheit und Wahrheit im Aktienwesen, SächsArch. 14 (1904), 197 gegen Rehm, Übertreibung des Offenheitsprinzips im Aktienwesen, DJZ. 1904, 34 ff.

obschon er sonst gegen Vertuschungen, wie sie anderwärts für zulässig erklärt werden, polemisiert, eine Nichterwähnung aus etwas andern Gründen für entschuldbar; nach seiner Auffassung habe die Aktiengesellschaft als reine Kapitalgenossenschaft nach Deckung des Schadens kein Interesse am Namen des Schuldigen,[4]) die Gesamtheit der Aktionäre sei gar nicht in Mitleidenschaft gezogen worden. Auch er hebt also darauf ab, daß das Endergebnis nicht berührt worden sei; gleiches ist aber auch die Voraussetzung der an der Spitze stehenden These.

II. Die Entlastung deckt und umfaßt aber auch *Tatsachen von Erheblichkeit trotz Nichterkennbarkeit in den Vorlagen*, jedoch nur unter ganz bestimmten Bedingungen.

Bevor auf diese letzteren näher eingegangen wird, ist zunächst der Begriff der „Erheblichkeit" einer Feststellung zu unterziehen, unter Gegenüberhaltung einiger verwandter Begriffe, die schon in publizistischer Erörterung gestanden haben. Als erhebliche Tatsachen und Geschäftsereignisse im Sinn unserer Darlegungen dürften solche anzusprechen sein, die das Ergebnis der Geschäftsperiode derart beeinflussen, daß die Gesellschaft und der einzelne Aktionär sich in irgend einer Weise zur Stellungnahme dazu veranlaßt sehen wird und muß[5]); die erstere zum Beispiel durch Erhebung einer Schadensersatzklage *oder* durch bewußtes und gewolltes Fortbestehenlassen der durch jene Tatsache geschaffenen Lage, durch Änderung oder Beibehaltung der finanziellen Grundlage, der technischen Mittel, der beteiligten Personen u. s. f., der Aktionär dadurch, daß er in der Generalversammlung eine Entschließung in dieser oder jener Richtung herbeizuführen sucht, oder auch, daß er für sich die Frage nach Beibehaltung oder Veräußerung seines Aktienbesitzes in Erwägung zieht. Fühlt sich aber weder die Generalversammlung noch der Einzelaktionär als solcher veranlaßt, nach Kenntnisnahme von der Sachlage eine der gekennzeichneten Entschließungen zu treffen, so wird man sagen können, diese oder jene Tatsache, die hierfür kausal sein könnte, sei *keine* für die Aktiengesellschaft erhebliche in dem hier verwendeten Sinn, mag sie an sich auch von der größten Wichtigkeit und weitgehendsten finanziellen Tragweite sein. Als schlechthin erheblich dürften ferner Tatsachen gelten können, bei deren Auftreten nach Gesetz — mit Ausnahme des strittigen § 253 Abs. 2 bezw. 246 Abs. 2 HGB. — oder Statut eine Generalversammlung berufen werden muß (§§ 240 Abs. 1, 254, auch 235 Abs. 2 Schlußsatz).

Die obige etwas umständliche Formulierung der „Erheblichkeit" ist anstatt eines Begriffes gewählt worden, der in den letzten Jahren zu mancherlei gegensätzlichen Erörterungen Anlaß gegeben hat. Unterm 3. 5. 02 stellte nämlich das RG.[6]) in den Gründen eines materiell nicht weiter zu beanstandenden Urteils den nach Ansicht interessierter Kreise offenbar auf allgemeinere Verbreitung berechneten Satz auf, Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft seien verpflichtet, vor Einlassung in *wichtige, kostspielige, riskante* und deshalb das Interesse[7]) der Aktiengesellschaft in besonderem Maße berührende Angelegenheiten sich der Einwilligung der Generalversammlung zu versichern, ohne die sie auf ihre Gefahr handelten. Gegen diese Einschränkung der geschäftlichen Bewegungsfreiheit der Verwaltungsorgane hat sich nun eine ganze Reihe von Stimmen erhoben und die Frage hat sich zu einer prinzipiellen Kontroverse über Offenbarungspflicht und Schweigerecht der Gesellschaftsorgane ausgewachsen. Die Besprechung ist auch heute noch nicht zum Stillstand gekommen; sogar der DJT. hat sich mit der Sache befaßt und eine Resolution angenommen.[8]) Die Angriffe gegen den Ausspruch des obersten Gerichtshofes[9]) setzen hauptsächlich an zwei Stellen ein, indem erstens die Wortfassung als durchaus verfehlt, unbestimmt und unbrauchbar getadelt[10]) und zweitens in der Sache

[4]) Ein ähnlicher Gedanke auch bei RG. in Bolze 13, 280, wo für Geheimzahlungen z. B. Gratifikationen, keine Buchung des Namens gefordert wird.

[5]) Anscheinend im Gedanken übereinstimend Lehmann in seinem Gutachten für den DJT. 1904, Verhandlungen desselben 1, 75, wenn er von Ereignissen spricht, die die Lage der Gesellschaft derart ändern, daß Beschlüsse der Generalversammlung gefaßt werden müssen oder doch die Fassung von Beschlüssen zu erwägen ist.

[6]) Die Entsch. findet sich im SächsArch. 12, 726 und in HoldheimsMSchr. 11, 266 u. 12, 197. Vgl. auch das hierauf ergangene Urt. des OLG. Braunschweig v. 16. 3. 05 in der OLGRspr. 10, 337. Frühere Entscheidungen über ähnliche Fälle 35, 87 und 36, 29 der Entsch. in Zivils.

[7]) Eine dem § 253 Abs. 2 HGB. entsprechende Bestimmung findet sich auch im BGB. § 36, sowie in einer Reihe sonstiger deutscher und ausländischer Gesetze. Siehe Lehmann, Gutachten in den Vhdl. des 27. DJT. 1, 64.

[8]) Lehmann, Gutachten a. a. O. 57 ff.; Staub, Gutachten ebendaselbst 80 ff.; Rehm in HoldheimsMSchr. 13, 239 ff.; Stern, der 27. DJT. in Innsbruck, DJZ. 9, 964.

[9]) Von ausführlichen literarischen Äußerungen vgl. Simon, Recht und Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung DJZ. 9, 778 ff.; Lehmann ebenda 961; Adolf Endemann unter ähnlichem Titel in HoldheimsMSchr. 12, 197 ff.; Jacobi ebenso in der Breslauer Festgabe für Felix Dahn 3. Teil 245 ff.; Rehm, Übertreibung des Offenheitsprinzips im Aktienwesen, DJZ. 9, 34 ff.; dagegen Bondi, Offenheit und Wahrheit im Aktienwesen, SächsArch. 14, 188 ff.; siehe auch Staub, Komm. HGB. 8. Aufl. § 253 Anm. 4 und zum G. betr. die G. m. b. H. § 49 Anm. 4—6.

[10]) Schon Löwenfeld a. a. O. 274 hat weit früher gegen eine solche Formulierung Bedenken geltend gemacht und die Begründung zum E. der Novelle von 1884 (BuschArch. für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts 44, 388) sagt bei Art. 249 d Ziff. 1 [jetzt aufgehoben und ersetzt durch § 75 (81) des BörsG. v. 22. 6. 1896] ausdrücklich: Eine Verantwortlichkeit für die Hervorhebung aller etwa wichtig erscheinenden Tatsachen

selbst besonders dem Vorstand das Recht, ja sogar die Pflicht zugesprochen wird, gerade Angelegenheiten von Bedeutung geheim zu halten, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordere, die Generalversammlung also eben nicht zu berufen. In einzelnen Beziehungen spielen in die Kontroverse auch Erwägungen hinein, wie sie schon Gordon und Mittelstädt aus Anlaß des Kasseler Trebertrocknungs- und des Leipziger Bankprozesses[11]) gegensätzlich zur Sprache gebracht haben, nämlich ob und inwiefern bei einer Zurückhaltung oder Offenbarung von Tatsachen gegenüber der Generalversammlung eine Kollision zwischen § 312 Abs. 1 HGB. (absichtliches Handeln zum Nachteil der Gesellschaft) und § 314 Ziff. 1 HGB. (Bilanzverschleierung) vorkommen könne. Eine Besprechung würde aber hier zu weit führen, zumal natürlich hauptsächlich strafrechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen. Bei der fast allgemeinen Ablehnung, die der reichsgerichtliche Ausspruch erfahren hat, dürfte der oben gemachte Versuch, ein anderes Moment für die unseres Erachtens nicht unrichtige Idee zu finden und die Formulierung mit einer hinreichenden Begründung zu versehen, keine besondere Rechtfertigung erheischen. Der Unterschied zwischen der „Wichtigkeit" eines Geschäfts nach der Auffassung des RG. und der „Erheblichkeit" eines solchen im obigen Sinn besteht, wie leicht zu erkennen, darin, daß hier ein gewisser subjektiver Maßstab zugrunde gelegt ist, der aber nichtsdestoweniger einer weiteren allgemeingültigen Feststellung fähig, vom Richter ohne große Schwierigkeit ermittelt werden kann, während der scheinbar mehr objektive des RG. sich für jede Gesellschaft, für jede persönliche Auffassung ändert.

Endlich sei auch noch einer Theorie gedacht, die Rehm[12]) aufgestellt hat. Nach ihm besteht Pflicht und Recht der Geheimhaltung da, wo Mitteilung einer Tatsache für die Gesellschaft größere Übel im Gefolge hat, als das Unterlassen der Mitteilung Nachteile für diejenigen, welche die Tatsache nicht erfahren. In entsprechender Anwendung dieses Rehm'schen Ausspruchs wären also auch Tatsachen von Erheblichkeit trotz Geheimhaltung im Geschäftsbericht von der Entlastung gedeckt, während eine gleichartige Übertragung der reichsgerichtlichen Auffassung auf die vorliegende Frage das Resultat ergäbe, daß wichtige Angelegenheiten unter allen Umständen im Jahresbericht erwähnt werden müssen, andernfalls sie nicht unter eine auf letzteren hin erteilte Entlastung fallen.

Der eben geschehenen analogen Heranziehung einer etwas anders gestalteten Streitfrage dürfte sich übrigens — einem derartigem Einwand soll damit schon im Voraus begegnet werden — ein ernstliches Bedenken nicht in den Weg stellen. Zwar dreht sich die ganze literarische Debatte, die wir in den Kreis unserer Erörterungen gezogen haben und von der die einzelnen Äußerungen oben[13]) zusammengestellt sind, nur darum, in welchen Fällen gemäß § 253 Abs. 2 HGB. das Interesse der Gesellschaft die Berufung einer Generalversammlung verlange und wann neben der Unterlassung einer solchen Einberufung der Vorstand und Aufsichtsrat überhaupt zur Geheimhaltung von Dingen vor der Generalversammlung befugt sei, während hier nach der Tragweite einer Entlastung gefragt ist, die in Unkenntnis bestimmter, aus den Vorlagen nicht erkennbarer Tatsachen erfolgte. Indessen leuchtet es ohne weiteres ein, wo der gemeinsame Faktor liegt. Wer dem Vorstand das Recht zuschreibt, ohne Zustimmung der Generalversammlung sich in Geschäfte einzulassen, die eine breite öffentliche Behandlung nicht ertragen, muß konsequenterweise ihm auch das Recht geben, diese selben Geschäfte, solange sie noch nicht allgemein bekannt werden dürfen, auch im Jahresbericht der Kenntnis der Generalversammlung vorzuenthalten, ohne daß ihm hierwegen infolge Nichterstreckung der Entlastung auf diese Tatsachen ein Nachteil erwächst. Wiederholt muß auch hier gesagt werden, daß unter den heutigen Verkehrs-, insbesondere Preßverhältnissen die Generalversammlung ganz außerstande ist, ihr selbst vertraulich[14]) gemachte Mitteilungen trotz ausdrücklichen Hinweises geheim

hat der Entwurf nicht einmal zivilrechtlich verlangen können; was dem einen wichtig erscheint, ist dem andern unwesentlich, umsoweniger kann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit aufgestellt werden.

[11]) Gordon, Juristische Glossen zum Kasseler Treber- und Leipziger Bankprozeß, DJZ. 7 (1902), 379 ff.; Mittelstädt, Kollision zwischen Untreue und Verschleierung, ebenda 520 ff. Wie Gordon auch Simon, Betrachtungen a. a. O. 407 f.

Eine übersichtliche und interessante Darstellung der betreffenden Vorgänge bietet Arthur Schultze, die Bankkatastrophe in Sachsen im Jahr 1901 in der ZStaatsw. Ergänzungsheft 9, auch in der Fachpresse anerkannt, z. B. Aktionär 1903, 612, wenngleich unter Ablehnung der vorgebrachten Besserungsvorschläge.

[12]) DJZ. 9 (1904), 36.

[13]) Anm. 9. Neuerdings ist von den Herausgebern der 8. Aufl. des Staub'schen Kommentars (§ 314 Anm. 1—4) die Pflicht zu wahrheitsgetreuer Gestaltung mindestens der Bilanz scharf betont worden; für den Geschäftsbericht, der sich nicht wie erstere an Publikum und Gläubiger, sondern lediglich an die Aktionäre wende, könne es Fälle erlaubter Verschweigung geben. (Anders das RG. in JW. 1906, 255.) Es sind bei Staub folgende Grundsätze aufgestellt:

a) Organe der Gesellschaft, die ihrer Pflicht zur Offenbarung nachkommen, machen sich nicht eines Vergehens gegen § 312 HGB. schuldig.

b) Die Verfehlung gegen § 314 wird nicht dadurch beseitigt, daß die Offenlegung im Interesse der Gesellschaft unterbleibt.

c) Die Pflicht zur Offenlegung im Geschäftsbericht geht nur soweit, als es das Interesse der Gesellschaft an der Kenntnis der Geschäftslage und der Rentabilität erfordert.

[14]) Vgl. Zeitschrift für Aktienrecht 11, 246.

zu halten; wer deshalb das Interesse der Gesellschaft so hoch stellt, daß selbst bei wichtigen Unternehmungen die Befragung der Generalversammlung zu unterlassen ist — und gegen das RG. hat sich die Praxis fast einmütig gewendet —, der muß auch jenen Grundsätzen beistimmen, die bloß eine Fortsetzung und notwendige Durchführung dieses Gedankens bilden, indem sie die Tragweite der Entlastung auf dieselben wichtigen Unternehmungen und erheblichen Tatsachen ausdehnen, die in Wahrung des gleichen Gesellschaftsinteresses der Generalversammlung auch über das Geschäftsjahr hinaus in dessen Abschlußbericht nicht zur Gutheißung unterbreitet wurden, und zwar solange nicht, als jene Rücksicht auf die Interessen des Ganzen es erfordert.

Die Voraussetzungen, unter denen eine Ausdehnung der Tragweite der Entlastung auch auf gewisse, in den Vorlagen nicht erkennbare Geschäftsvorgänge anzunehmen sein wird, sind die folgenden:

1. daß die Nichterwähnung geboten war im Interesse der ganzen Gesellschaft, aber auch nur dieser;
2. daß die Generalversammlung, hätte man ihr alles auseinandersetzen können, nach der Sachlage keinen erkennbaren Grund gehabt hätte, ihre Zustimmung und die Entlastung zu verweigern.

Für Geschäfte, die selbst oder in ihrer Wirkung noch über die abgelaufene Geschäftsperiode hinaus in die neue hinein reichen, wird, wie geschehen, noch die weitere Bedingung zu stellen sein:

3. daß nach gewissenhafter Prüfung aller einschlägigen Verhältnisse erwartet werden konnte, daß sie der Gesellschaft Vorteile, zum mindesten keine erheblichen Nachteile bringen werden.

Zu 1. Die Forderung der Wahrung des Gesellschaftsinteresses ist eine selbstverständliche und die notwendige Richtschnur für das ganze Geschäftsgebahren von Vorstand und Aufsichtsrat; nur die Rücksicht darauf kann, wie schon einigemale betont, eine Beiseitesetzung der Generalversammlung, wie sie hier vertreten wird, rechtfertigen. Deshalb ist dieser Satz nochmals ausdrücklich an die Spitze gestellt, zugleich dient seine Hervorhebung aber auch als Ausgangspunkt für die Verwerfung gegensätzlicher Auffassungen; sein Inhalt soll dadurch selbst noch schärfer begrenzt werden. Ausgeschlossen sind daher die Entlastungswirkungen auf nicht erkennbare Tatsachen, wenn deren Erwähnung im persönlichen Interesse von Vorstand oder Aufsichtsrat unterblieb.

Solches kann nun sein:

a) rein persönlicher Natur. Es werden z. B. dem Vorstand von dritter beteiligter Seite besondere Vorteile für bestimmte Entschließungen in Aussicht gestellt, ohne daß aber von einem Handeln zum Nachteil der Gesellschaft (§ 312 HGB.) oder sonst von einer Verletzung von Pflichten die Rede sein könnte; die betreffende Handlung verspricht unter Umständen sogar Nutzen für die Gesellschaft. Da aber das Interesse der letzteren nicht allein das Motiv einer etwa erfolgten Verschweigung im Geschäftsbericht war, sondern hauptsächlich persönliche Gründe, so wird sich der Vorstand beim Fehlschlagen der Pläne nicht auf eine erteilte Entlastung berufen können.

b) persönlichen Rücksichten auf geschäftliche Mißerfolge entspringend.

aa) Hierher gehören dem Zusammenhang nach auch jene aus der oben geschilderten Verwahrerfunktion resultierenden Handlungen, die im Geschäftsbericht erwähnt werden müssen, wenn Deckung für das Außerachtlassen kaufmännischer Sicherheitsmaßregeln, für strafbare Vorkommnisse wie Betrug, Unterschlagung seitens Angestellter u. s. w. erlangt werden will.

bb) Weniger zweifellos liegt die Sache, wenn der Vorstand Dinge im Rechenschaftsbericht verschweigt, die allerdings auch nicht allein aus Rücksicht auf die Gesellschaft der Generalversammlung vorenthalten werden, für welche er aber eine persönliche Verantwortung nicht ganz so sicher trägt wie im vorigen Fall. Einen juristisch-technischen Ausdruck für das, was hier gemeint ist, gibt es unseres Wissens nicht, einen verständlichen Hinweis dürfte aber vielleicht der in anderen Disziplinen schon lange gehandhabte Fachbegriff des Kunstfehlers enthalten. Umfaßt also die Entlastung auch aus Furcht vor Verantwortung nicht erkennbar gemachte Kunstfehler? Was man darunter zu verstehen hat, ergibt sich aus entsprechender Übertragung aus andern Gebieten. Gedacht sind hier Handlungen, die ohne direktes Verschulden und ohne Verletzung von Obliegenheiten, trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns durch ein gewisses Ungeschick des Betreffenden, Mangel geschäftlicher Routine, Abgehen der Fähigkeit, scharfsinnig zu kombinieren, Schlüsse für die Zukunft zu ziehen usw. eine Schädigung der Gesellschaft veranlaßten[15]). Da eine eingehendere Untersuchung des Problems hier nicht möglich ist, genügt es zu sagen, daß der Vorstand gut daran tun wird, derartige Mißerfolge im Jahresbericht erkennbar zu machen; unseres Erachtens kann er sich sonst später im Regel-

[15]) Schon etwas mehr einem unmittelbarem Verschulden neigt ein Tatbestand zu, für den das RG. (Entsch. in Strafs. 13, 354) annimmt, daß Irrtümer bei einer Schätzung da nicht entschuldigt werden, wo ein sorgsamer Kaufmann in der Lage gewesen wäre, die Abminderung eines Wertes bezw. die Uneinbringlichkeit oder Zweifelhaftigkeit einer Forderung oder den höheren Grad der Abminderung oder der Gefahr zu erkennen. Ebenso, wenn Glünicke S. 18 von Schäden spricht, die einiger Scharfsinn jeder Geschäftsleitung nachweisen könne, und die bei größerer Sorgfalt zu vermeiden gewesen wären.

falle nicht auf die Entlastung *als solche* berufen. Ob er allerdings dann tatsächlich haftbar gemacht werden kann, ist eine andere Frage, deren Beantwortung nur im einzelnen konkreten Fall möglich sein dürfte.

Zu 2. Der Satz, daß der Vorstand bei seinen ohne Kenntnis der Generalversammlung begonnenen und weitergeführten Unternehmungen sich dann als gesichert bezw. entlastet ansehen könne, wenn er zum mindesten keinen begründeten Zweifel an der Zustimmung der Generalversammlung hegen durfte, hat, obschon eigentlich fast für sich selbst sprechend, in etwas abgeänderter Fassung bereits mehrfach den Gegenstand von Kontroversen gebildet und verschiedene Beurteilung erfahren. In einem Erkenntnis des RG., gefällt vom II. ZivSen.[16]), wird das Prinzip aufgestellt, Vorstand und Aufsichtsrat seien für Schaden, der aus Geschäften ohne Befragung der Generalversammlung entstünde, haftbar, es sei denn, daß sie zu *beweisen* vermöchten, daß auch die Generalversammlung, wenn befragt, das *Geschäft beschlossen haben würde*. Dagegen erklärt das viel zitierte und angegriffene Urteil vom 3. 5. 02, *ohne Plenarentscheidung* vom I. Senat erlassen, das Gegenteil für zutreffend. Der bezügliche Passus lautet wörtlich[17]):

„Es kann ganz davon abgesehen werden, ob durch die Vernehmung der einzelnen Aktionäre ein Beweis dafür erbracht werden kann, was die Gesamtheit der Aktionäre nach Beratung und Diskussion der Vorlage in der Generalversammlung vor Jahren beschlossen haben würde. Wenn das Gesetz in wichtigen Angelegenheiten den Beschluß der Generalversammlung fordert, so hat die Gesellschaft, nicht bloß der einzelne Aktionär, ein absolutes Recht darauf, daß die Generalversammlung berufen und gehört wird, und der fehlende Beschluß der Generalversammlung kann durch ein anderes Mittel hier so wenig ersetzt werden, wie in andern Fällen, in denen das Gesetz die Entstehung und Geltendmachung von Rechten der Gesellschaft von dem Beschluß der Generalversammlung abhängig macht."

Was die Literatur anbelangt, die sich mit diesem Urteil beschäftigt hat, so wendet sie sich im allgemeinen *gegen* die neuere Auffassung des RG.[18]), zum mindesten aber fordert sie Aufhebung des Widerspruchs zwischen der früheren und der jetzigen Entscheidung.[19]) Man kann nun zwar unbedenklich der Annahme beitreten, daß selbst dann, wenn sämtliche Aktionäre in einer Beweisaufnahme erklären würden, sie hätten bei Kenntnis der Sachlage in ihrer früheren Generalversammlung den Vorschlägen der Verwaltung zugestimmt, noch keine Sicherheit dafür gegeben und kein Beweis dafür erbracht ist, wie z. B. die Generalversammlung als einheitlicher Körper unter dem Einfluß der Agitation, Diskussion usw. beschlossen hätte. Das ergibt sich zur Evidenz aus Erscheinungen unseres täglichen, wie insbesondere politischen Lebens wie aus rechtlichen Gründen. Schon lange, bevor diese Streitfrage auftauchte, war prinzipiell anerkannt, daß die Generalversammlung weder eine Summe von Individuen noch die Körperschaft selbst sei[20]); auch hat ein neueres Erkenntnis des RG. vom 7. 11. 03[21]), das konsequenterweise als Grundlage für die Beschlüsse der Generalversammlung nicht die Privatkenntnis der Aktionäre,[22]) sondern nur das offiziell unterbreitete Material angesehen wissen will, keinen Widerspruch gefunden, obschon die Analogisierung zwischen Privatkenntnis und der Privatzustimmung im Gegensatz zum offiziellen Beschluß ziemlich nahe liegt. Auch die von Jacobi[23]) hervorgehobenen allgemeinprozessualen Einwendungen dürften als richtig anzuerkennen sein. Er führt aus, daß die Ablehnung des angebotenen Zeugenbeweises in dem Prozeß, dem das Urteil vom 3. 5. 02 angehört, berechtigt war. Es sollten nämlich sämtliche früheren Aktionäre als Zeugen aussagen, daß sie in der Generalversammlung den Beschluß des Vorstandes gebilligt haben würden. Zeugen aber könnten nur über Tatsachen vernommen werden, die Gegenstand ihrer Wahrnehmung waren. Die Tatsachen aber, bezüglich deren die Zeugen hier vorgeschlagen wurden, habe kein Mensch wahrgenommen, sie seien irreal. Es hätte, wenn die Aktionäre etwas Erhebliches bekunden sollten, angegeben werden müssen, was die Zeugen damals getan oder gesprochen oder wenigstens gedacht hatten, woraus das Gericht Schlüsse auf ihr eventuelles Verhalten in der nicht stattgehabten Generalversammlung hätte ziehen können. Die Parteibehauptung, wie sie aufgestellt war, sei tatsächlich nicht gehörig substantiiert gewesen. Trotz alledem halten wir in Anlehnung an die ältere Reichsgerichtsentscheidung deren Grundgedanken entschieden für richtig, denn er bildet einerseits eine wirksame Grenze für die dem Vorstand zuzusprechenden Befugnisse, andrerseits vermag dieser durch den Nachweis, daß niemand Anlaß gehabt hätte, seine Verwaltungsmaßnahmen

[16]) Entsch. in Zivils. 35, 83 ff.

[17]) Nach dem Abdruck in HoldheimsMSchr. 11, 267.

[18]) So insbesondere Jacobi a. a. O. 266, der grundsätzlich die Stellungnahme des RG. verwirft, im konkreten Fall jedoch billigt; Lehmann, Gutachten, Bhdl. des 27. DJT. 1, 73; anscheinend auch Simon, DJZ. 9 (1904), 778.

[19]) Vgl. Adolf Endemann in HoldheimsMSchr. 12, 202.

[20]) Vgl. OLG. Stuttgart v. 6. 4. 88 in SeuffA. 44, 451. Gierke, Das Recht der Verbandspersönlichkeit in den Jahrb. für Domatik 35, 222.

[21]) Das Urteil findet sich in der JW. 33, 43 und in HoldheimsMSchr. 13, 132.

[22]) Sonstige Entscheidungen hierüber enthalten Gruchot 29, 704, JW. 1893, 429 und 1899, 46; vgl. ferner Zeitschrift für Aktiengesellschaften 11, 245 und Holdheim 1904, 296.

[23]) a. a. O. 267.

zu mißbilligen, darzutun, daß er nur scheinbar den Willen der Generalversammlung ignorierte, in Wirklichkeit aber ihm entsprechend handelte. Hiernach ist aber auch die Aufnahme von Vorgängen in den Geschäftsbericht nötig, wenn Zweifel über die Zustimmung und Entlastungsgewährung der Generalversammlung sich einstellen, gleichviel aus welchem, vielleicht unbegründeten Anlaß die Entlastung verweigert werden könnte.[24]) Kann aber der Vorstand den ihm obliegenden Beweis erbringen, daß kein Umstand vorlag, der vernünftigerweise die Generalversammlung von einer Zustimmung und Entlastungserteilung abgehalten hätte, wenn man ihr ohne Rücksicht auf die Öffentlichkeit die ganze Sachlage hätte klarlegen können und dürfen[25]) — diese Fassung sucht den von Jacobi betonten Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen —, so wird er damit auch einer auf die nicht ausdrücklich erklärte Entlastung gestützten Schadensersatzklage erfolgreich begegnen können, sofern nur die sonstigen notwendigen Voraussetzungen vorhanden sind und keine der absoluten Anfechtungsgründe[26]) entgegenstehen. Je nach der subjektiven Auffassung ließe sich übrigens dieser Grundsatz noch verschieden variieren; z. B. könnte, weitergehend wie oben, der Nachweis genügen, daß ein Unternehmen finanziell aussichtsreich sich anließ, wonach die Entlastung einer reinen, in erster Reihe auf Erzielung größtmöglichen Gewinns bedachten Kapitalsgenossenschaft schlechthin zu erwarten gewesen sei, oder aber, es wären, indem man sich im Gegensatz hierzu die Endemann'sche Einschränkung zu eigen machte[27]), in den Geschäftsbericht jedenfalls alle außergewöhnlichen, Zweck, Bestand und Finanzkraft der Gesellschaft berührenden Vorfälle aufzunehmen.

Zu 3. Einer besonderen Begründung hierzu wird es wohl kaum bedürfen, da die Elemente dieses Satzes eigentlich schon in den bisherigen Darlegungen mit behandelt wurden. Auch ist die darin aufgestellte Forderung gewissermaßen selbstverständlich. Hier soll nur dem Einwand begegnet werden, als ließe sich der Ausgang weitausschauender Pläne überhaupt nicht nachweisbar im voraus berechnen. Dem ist entgegenzuhalten, daß dies in weitem Umfange eben doch möglich ist, denn tatsächlich mißlingt im Verhältnis zu den erfolgreichen Unternehmungen doch stets nur ein geringer Teil. Im übrigen kommt es ja auch gar nicht auf den wirklichen Ausgang an, sondern nur auf das zu beweisende Maß der Gewissenhaftigkeit in der vorgängigen Prüfung.

Zu allen drei Grundsätzen ist in teilweiser Wiederholung von schon Gesagtem schließlich noch zu bemerken, daß ihr Nachweis naturgemäß dem nach Bekanntwerden der früheren Verschweigung seitens der Generalversammlung in Anspruch genommenen Vorstand bezw. dem mitbeklagten Aufsichtsrat obliegt, und ferner, daß jedesmal alle bezw. die beiden ersten Sätze zusammentreffen müssen, wogegen das Fehlen nur eines derselben oder das Vorliegen eines in den Erläuterungen erwähnten gegensätzlichen Momentes die Ausdehnung der Entlastung nicht eintreten läßt.

Hieran wäre noch eine bilanzrechtliche und bilanztechnische Bemerkung anzuschließen. Selbstverständlich wird es, wenn man den Verwaltungsorganen das Recht zuspricht, im Interesse der Gesellschaft unter gewissen Kautelen der Generalversammlung Dinge im Geschäftsbericht vorzuenthalten, auch notwendig, dieses Recht auf die Bilanz auszudehnen, denn beide stehen in nahen Beziehungen; die Verneinung dieser Befugnis für die Bilanz würde auch das andere Recht illusorisch machen. Damit wird also anscheinend strafbare Bilanzverschleierung gepredigt, und obwohl schon früher hervorgehoben wurde, daß es allerdings Fälle geben könne, wo das Strafrecht einschreite, während nach Treu und Glauben eine Entlastung nicht versagt werden dürfe, wie auch, daß für das gestellte Thema strafrechtliche Erwägungen gänzlich auszuscheiden hätten, so mag wohl auf den ersten Blick die soeben aufgedeckte Konsequenz von der Annahme der bisherigen Ergebnisse abschrecken. Hält man sich aber andrerseits vor Augen, daß die Bilanz ja kein festes, im gegebenen Rahmen eingespanntes Bild der Geschäftslage bedeutet, sondern eine rechnerische Kalkulation, bei der viele Posten auf Schätzungen und Mutmaßungen beruhen und ohne Unrichtigkeit des Ganzen dahin und dorthin geschoben werden können, vergegenwärtigt man sich ferner, daß nach weitverbreiteter Übung und unter theoretischer Gutheißung Mancher[28]) gewisse Ansätze der Bilanz bewußt

[24]) Für die verwandte Kontroverse über die Einberufung der Generalversammlung sind ebenfalls dieser Meinung Staub, Komm. zum HGB. 8. Aufl., § 253 Anm. 6. Lehmann, Gutachten, a. a. O. 73; Staub, Gutachten, ebendaselbst 87; Staub, Komm. zum G. betr. die G. m. b. H., § 49 Anm. 4—6; anderer Meinung dagegen Rehm in HoldheimsMSchr. 13, 242.

[25]) Bei Jacobi a. a. O. 254 findet sich zur Erläuterung des dort angezogenen § 665 BGB. ein ähnlicher Passus. Es soll zur Abweichung von Weisungen genügen, daß, vom Standpunkt der früheren Vorstandsmitglieder aus betrachtet, eine Verweigerung der Genehmigung als unvernünftig erscheinend nachgewiesen wird, sofern nicht bestimmte Gründe wahrscheinlich machen, daß die Generalversammlung unvernünftigerweise die Genehmigung verweigert hätte. Im letzteren Fall mußte sie also zuvor in Kenntnis gesetzt werden.

[26]) Enthalten in § 7 oben.

[27]) In HoldheimsMSchr. 12, 201.

[28]) Vgl. hauptsächlich Neukamp, Das Dogma von der Bilanzwahrheit in der ZHR. 48, 450 ff. und Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften. Ersterer hat unter vielfachem Beifall den Satz verfochten, daß nur Höher-, nicht Minderbewertung von Vermögensstücken den Tatbestand

von der Wirklichkeit abweichend eingestellt werden, erinnert man sich endlich, daß selbst die Gerichte die Unmöglichkeit der Aufstellung fester Bewertungsgrundsätze für die Bilanz anerkannt haben,[29]) ja daß sogar, je nachdem die Auffassung der Zivil- oder der Verwaltungsgerichte zu Grunde gelegt wird, dieselbe Gesellschaft ihren Jahresabschluß auf ganz verschiedene Weise aufstellen muß,[30]) so wird der verpönte Klang des obigen Ausspruchs im wesentlichen seine Schärfe verlieren. Wenn daher Rehm[31]) von Fällen erlaubter Verschleierung und Fälschung von Bilanzen und Geschäftsberichten spricht, und zwar erlaubt in strafrechtlicher Beziehung, so ist es unseres Erachtens nicht zu viel gewagt, unter den geschilderten Voraussetzungen auch für die Bilanz ebenso wie für den Geschäftsbericht ein zivilrechtliches Nichthaften des gutgläubigen Vorstands und Aufsichtsrats zu fordern, oder was dasselbe bedeutet, ihnen trotz Verschweigung von Tatsachen einen Anspruch auf Entlastung zu gewähren und die in Unkenntnis jener Tatsachen erteilte Entlastung auch auf solche zu erstrecken.

§ 15.

Begrenzung der Tragweite der Entlastung.

Durch die Anwendung der in den „allgemeinen Grundsätzen für die Tragweite der Entlastung" enthaltenen Regeln und aus der Umkehrung der „besonderen" Normen ergibt sich ohne weiteres, auf welche nicht erwähnten Tatsachen sich die Entlastung nicht bezieht. An dieser Stelle haben wir es nur noch mit einer Einschränkung zu tun, die gegen eine vielleicht aus dem bisherigen als Konsequenz gezogene Auffassung zu machen ist. Bekanntlich können dem Vorstand oder Aufsichtsrat durch Statut oder eine frühere Generalversammlung bestimmte Weisungen erteilt sein, meist Beschränkungen seiner Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im innern Gesellschaftsverhältnis (§ 235 Abs. 1 HGB.), wonach in gewissen Fällen vor einzelnen Handlungen die Generalversammlung gehört werden muß (§ 253 Abs. 2).[1]) Es fragt sich nun, welche Wirkung eine solche Festsetzung auf die Tragweite der Entlastung hat. Gelten die bisherigen Regeln ohne weiteres auch für solche Fälle, oder muß der Vorstand, wenn er schon einmal die Weisung zu vorgängiger Berufung der Generalversammlung übertreten hat, jedenfalls beim Jahresabschluß mit einem Bericht vor die Aktionärversammlung treten? Eigentlich ist die Antwort bereits in dem Hinweis auf die „Grundsätze" enthalten. Denn wurde oben ausgeführt, daß kein erkennbarer Grund vorhanden gewesen sein dürfe, der den Vorstand an der Genehmigung durch die Generalversammlung und somit auch an der Entlastung zweifeln lassen konnte, so muß aus einer ausdrücklichen früheren Weisung zur Berufung der Generalversammlung wohl geschlossen werden, daß letztere dieses Handeln über ihren Kopf hinweg nicht billigen wird, auch wenn sie schließlich der Sache selbst nicht weiter entgegentreten würde. Zweitens aber macht nach der herrschenden Meinung schon die Nichtbefolgung von Weisungen an sich haftbar,[2]) die Nichterwähnung oder Erwähnung im Jahresabschluß vermag also diesem nichts hinzuzusetzen und nichts hinwegzunehmen, außer insofern, als bei nunmehriger nachträglicher Befragung der Generalversammlung diese genehmigen und ihre schon entstandenen Ansprüche aufgeben kann. Damit treten wir nun allerdings in einen gewissen Widerspruch mit einem Teil jener freieren Theorie, der im vorangegangenen ein erheblicher Einfluß auf die Gestaltung des behandelten Problems eingeräumt wurde. Ein Teil der Literatur, die bisher zur Unterstützung des hier Vorgetragenen herangezogen wurde, will nämlich dem Vorstand und Aufsichtsrat sogar das Recht zusprechen, selbst statutarischen Weisungen zuwider die Berufung der Generalversammlung im Gesellschaftsinteresse zu unterlassen[3]); man stützt sich hierbei auf § 665 in Verbindung mit § 27 BGB.[4]) Jedoch kann die Vorschrift des § 665,

der Bilanzverschleierung erfülle. Ferner F. Mayer, Über den Minoritätenschutz bei Aktiengesellschaften in der Allg. österr. GerichtsZ. 21, 392 ff., der auf dem Unterschied zwischen Bilanzrichtigkeit und Bilanzwahrheit gewisse Sätze für das Anfechtungsrecht aufbaut. (Neuestens JheringsJ. Bd. 52, 1907) tritt Ehrenberg dafür ein, daß Minderbewertung der Aktiva und Höherbewertung der Passiva zwecks Bildung von stillen Reserven zulässig sei. Hiergegen Runkel-Langsdorff 209ff. ebenda. Vgl. auch RG. 40, 33; 19, 111.

[29]) Z. B. OLG. Hamburg v. 24. 10. 04, enthalten in der OLGRspr. 10 (1905), 240.

[30]) Vgl. Keyßner, vom Aufsichtsrat und dessen Vergütung in der ZHG. 48, 513 Anm. 6; Vhdl. des preuß. Abgeordnetenhauses über die Besteuerung der Abschreibungen der Aktiengesellschaften, abgedruckt in HoldheimsMSchr. 11, 91 ff.; Entsch. des PrOVG. v. 1. 4. 98 in der DJZ. 1899, 159; v. 11. 6. 02 in HoldheimsMSchr. 11, 270, auch in Nr. 39 der Deutschen IndustrieZ. v. 26. 9. 02; Preuß. OVGSt. 4, 174; 5, 43; 7, 153; 7, 325 ff., 372 ff.

[31]) Die Übertreibung des Offenheitsprinzips im Aktienwesen DJZ. 1904, 34 ff.

[1]) Daß durch Beschlüsse der Generalversammlung der Vorstand zivilrechtlich gegen alle Ansprüche der Gesellschaft gedeckt ist, wurde schon früher berührt. Vgl. Fuld im Gerichtssaal 37, 437; RG. v. 24. 4. 1900 in HoldheimsMSchr. 9, 191. Thomas, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Leipz. Jn. Diss. 44.

[2]) Lehmann-Ring § 241 Anm. 2; Behrend, Handelsrecht 850; Renaud, Recht der Aktiengesellschaften 604; Bekker in der ZHR. 17, 422 f.; Simon, Der Entwurf eines Aktiengesetzes, ZHR. 19, 471 f. ROHG. 21, 376.

[3]) Vgl. über die Frage Lehmann in DJZ. 1904, 961 ff.; derselbe, Gutachten, Vhdl. des 27. DJT. 1, 57 ff.; Simon, ZHG. 49, 10 ff.; derselbe, DJZ. 1904, 778 ff.; Jacobi, a. a. O. 249 ff., insbesondere 264 f.

[4]) Z. B. Rehm, in HoldheimsMSchr. 13, 239; dagegen Lehmann, Vhdl. (vgl. vorige Anm.) 72. Pöhls, Recht

mag auch ihr Grundgedanke für die Erörterungen über die Pflicht zur Berufung der Generalversammlung von großem Wert sein, für die Tragweite der Entlastung nichts entscheiden, denn bei der Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Gegenstandes in den Jahresbericht spielt die Möglichkeit, daß Gefahr im Verzuge sei (§ 665 Satz 2), keine Rolle. Wir müssen also daran festhalten, daß die Entlastung sich nicht auf Dinge erstreckt, die Gegenstand bestimmter Anordnungen der Generalversammlung waren, sofern über sie nicht Rechenschaft abgelegt wird; eine Abweichung hiervon würde eine weder theoretisch noch praktisch zu rechtfertigende Inkonsequenz gegenüber den „Grundsätzen" bedeuten.

Daneben gibt es aber noch andere Erwägungen, die eine weitere Ausdehnung der Befugnisse der Verwaltungsorgane verbieten; sie müssen zur weiteren Erläuterung der Stellungnahme im Ganzen zum Schlusse noch Erwähnung finden. Wenn nämlich auch zugegeben wird, daß eine noch größere Machtentfaltung der Aktiengesellschaft möglich wäre bei einer noch weiteren Zurückdrängung der Generalversammlung und der Aktionäre, so ist doch stets zu bedenken, daß kein Anlaß vorliegt, mehr für das Gedeihen der Aktiengesellschaft zu sorgen, als es die Nächstinteressierten, die Aktionäre selbst, tun. Indem der Kapitalist in diese Vereinigung eintritt, von der er weiß, daß sie eine schwerfällige, zum Teil in halber Öffentlichkeit arbeitende Organisation hat und deshalb manche Geschäfte nicht oder mit minderem Gewinn ausführen kann, verzichtet er eben von vornherein auf den Mehrertrag, den ein Einzelkaufmann erzielen würde. Er will auch haben, daß der Vorstand stets in Fühlung bleibt mit der Generalversammlung; wird dieser dadurch an der vollkommen freien Tätigkeit gehindert, so hat ja nicht das verwaltende Organ den Schaden, sondern seine Herren und Auftraggeber, die ihm die beschränkenden Anweisungen gegeben haben. Es hieße doch wohl die Aktionäre gegen ihren Willen bereichern, wenn man dem Vorstand die weitgreifenden Rechte gewähren wollte, die ein Teil der Praktiker verlangt. Die Tätigkeit des Vorstands ist nicht Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks, letzterer bestimmt durch die physischen Personen. Nun sagt man ja allerdings, der Vorstand als Organ arbeitet für die Gesellschaft, nicht für die Gesellschafter und beider Interessen könnten kollidieren. Rehm[5]) führt das Beispiel an, eine Terraingesellschaft, die gerade einen hohen Gewinn gemacht hat, bekommt Gelegenheit, diesen sofort in einem größeren Kauf wieder vorteilhaft anzulegen, ist jedoch dann in diesem Jahre außerstande, Dividenden zu zahlen und schädigt dadurch ihre gegenwärtigen Mitglieder. Wir müssen mit Bondi[6]) die Schlußfolgerungen, die Rehm daraus ziehen will, bekämpfen. Die Gesellschaft ist ein zusammenfassender Begriff für die ständig wechselnde Mitgliedergesamtheit, sie ist aber nicht etwas für sich Bestehendes, denn wenn alle Mitglieder gestorben oder ausgetreten sind, kann die Gesellschaft nicht weiter existieren[7]). In obigem Beispiel sind daher bloß einzelne, zufällig sogleich austretende Mitglieder geschädigt, die bleibenden und die später kommenden und somit „die" Mitglieder als unbestimmte Gesamtheit haben den Vorteil, die Gesellschaft als Begriff hat überhaupt kein Empfinden für Gewinn und Verlust. Sofern also die Gesellschafter sich mit dem durch ihre Organisation erzielbaren Vorteil begnügen, besteht auch kein Grund, die Macht des Vorstandes unter Berufung auf die Interessen der Gesellschaft zu erweitern. Den berechtigten Interessen aber dieser letzteren, der Aktionäre und auch des Vorstands und Aufsichtsrats ist hier wohl überall genügend Rechnung getragen.

Diese einschränkenden Erwägungen gelten insbesondere jener Meinung, die den Vorstand sogar wider den in Weisungen und dergl. ausgesprochenen ausdrücklichen Willen der in der Generalversammlung vereinigten Aktionäre handeln lassen will; sie entkräften aber nicht die oben aufgestellten Grundsätze über die Tragweite der Entlastung, denn es wird darin nur ein Handeln gebilligt, das im Interesse der Gesellschaft und konform dem Willen der Aktionäre geschieht; es soll durch jene „Grundsätze" verhütet werden, daß die Aktiengesellschaft infolge ihrer Vielköpfigkeit und ihrer unvermeidbaren halböffentlichen Geschäftsführung gegenüber dem allein disponierenden Einzelkaufmann allzusehr in Nachteil gerät. Für die hiermit beendeten Ausführungen über die Gestaltung des inneren Verhältnisses und die Verteilung von Rechten und Pflichten an die Generalversammlung und die Verwaltungsorgane war stets auch dieser letzte, schon früher mehrmals hervorgehobene Grundgedanke neben dem allgemeinen Gesichtspunkt bestimmend gewesen, daß jedem vom Gesetz vorgesehenen Rechtsgebilde eine tunlichst vollkommene Erfüllung seines Zwecks ermöglicht werden müsse.

der Aktiengesellschaft 195; Brinckmann-Endemann, Handelsrecht 249; Renaud, Recht der Aktiengesellschaft 505, 550; Staub, GenG. § 49.

[5]) Bei Holdheim 13, 240.

[6]) Offenheit und Wahrheit im Aktienwesen, SächsArch. 14, 188.

[7]) Ein Fortbestand im Konkurs oder in der Liquidation beweist nichts dagegen. RG. 29, 5; 39, 249. Die Organe können allerdings als solche fortdauern, soweit es sich mit dem Wesen der Liquidation verträgt, aber wohl mehr aus Zweckmäßigkeits-, denn aus systematischen Gründen. Vgl. RG. 3, 55 und die dortigen weiteren Entscheidungen.

Deutsche Handelsgebräuche.

Zusammengestellt nach den Gutachten der Handelskammern und Vorsteherämter von Rechtsanwalt **Zander** in **Danzig**.

Der Kartoffel-Handel.*)

1. „Wenn ein bestimmtes Quantum Fabrikkartoffeln unter Vereinbarung eines Gutgewichts von 2% und unter gleichzeitiger Vereinbarung der „Bodenfreiheit" gekauft wurde, dann ist nach Handelsgebrauch der Verkäufer verpflichtet, bei der Lieferung dem Käufer 2% Gutgewicht und — davon unabhängig — bodenfreie Kartoffeln zu gewähren. Als „bodenfrei" gelten im Verkehr solche Kartoffeln, die durch den „Retter" von dem anhaftenden Erdboden gereinigt wurden. Wenn dies nicht geschehen ist, gilt die Zusage der Bodenfreiheit nicht als erfüllt, und der Verkäufer hat, außer dem Gutgewicht von 2%, für den durch nachträgliche Reinigung mittels des „Retters" entstandenen Gewichtsverlust vollen Ersatz zu leisten."

GA. der Breslauer HK. v. 29. 4. 01 bei Riesenfeld 2, 89, Nr. 237. Vgl. hierzu das GA. Nr. 96, S. 227, Kurt 1906.

2. „Wenn „sauber geharfte Kartoffeln" verkauft sind, und ein Abzug von 2% für Sand vereinbart ist, so braucht sich der Käufer höchstens 4% Sandbeisatz gefallen zu lassen. Sind jedoch mehr als 4% Sand in der Lieferung enthalten, so ist daran eine fahrlässige, nicht sauber geharfte Lieferung zu erkennen und der Käufer kann das ganze Gewicht des ausgeharften Sandes in Abzug bringen. Der vereinbarte Preis wird hierdurch nicht berührt.

GA. der HK. Bromberg v. 30. 8. 06 in deren Mitt. 1906, 159 160.

3. I. „Selbst wenn Kartoffeln geharft geliefert werden, so wird ihnen immer noch ein gewisser Prozentsatz von Sand anhaften. Der den geharften Kartoffeln noch anhaftende Sand beträgt gewöhnlich 1—3 Prozent, wobei vorausgesetzt wird, daß die Kartoffeln in trockenem Zustande geharft worden sind. Geharfte Kartoffeln können nicht vollständig sandfrei geliefert werden.

II. Wenn geharfte Kartoffeln „taralos" gehandelt sind, so bedeutet dies, daß eine Vergütung des den geharften Kartoffeln anhaftenden Prozentsatzes von Sand ausgeschlossen ist."

GA. der HK. Bromberg v. 8. 11. 05 im Jahresbericht 1905, 114 und v. 15. 6. 06 in deren Mitt. 1906, 73.

4. „Es ist bereits (oben Nr. 3) festgestellt, daß Kartoffeln, selbst wenn sie als sauber geharft zur Stärkefabrikation und zur Lieferung durch den Bahntransport verkauft werden, nicht vollständig sandfrei geliefert werden können, sondern immer noch einen Sandbeisatz von 1—3% enthalten. Demgemäß pflegt man auch auf „sauber geharfte Kartoffeln" noch bis 3% Gutgewicht zu vereinbaren, eben weil man die Kartoffeln trotz erfolgten guten Harfens nicht für absolut sandfrei hält.

Daraus ergibt sich, daß Kartoffeln, die als sauber geharft verkauft sind, nach erfolgtem Bahntransport an dem Bestimmungsorte bei nochmaligem Harfen durch den Käufer noch bis 3% Schmutz abgeben, dennoch als sauber geharft gelten, wenn nicht andere Umstände dafür sprechen, daß das Harfen von dem Verkäufer sehr nachlässig ausgeführt wurde.

GA. der HK. Bromberg v. 14. 8. 06 in deren Mitt. 1906, 126."

5. „Wenn frachtfreie Lieferung bodenfrei gesiebter Kartoffeln vereinbart ist in dem Sinne, daß der Käufer die Fracht zu tragen hat, und die Kartoffeln nicht in der vereinbarten Reinheit, also nicht „bodenfrei gesiebt" geliefert worden sind, so ist der Käufer der Kartoffeln berechtigt, für den nach ihrer Reinigung festgestellten Bodenansatz die anteilmäßige Fracht zu kürzen."

GA. der HK. Bromberg v. 3. 4. 06 in deren Mitt. 1906, 72.

6. „Bei Kaufgeschäften über unverlesene Kartoffeln ist die Bewilligung eines Gutgewichts von 2% der Gesamtlieferungsmenge wegen der an den Kartoffeln haftenden Erde (in Breslau) nicht ohne weiteres handelsüblich; sie muß vielmehr in jedem einzelnen Falle vereinbart werden."

GA. der Breslauer HK. v. 5. 11. 04 bei Riesenfeld 2, 90, Nr. 238.

7. „Unter handelsüblichen Kartoffeln versteht man gesunde, sandfrei geharfte Kartoffeln, denen allenfalls 2—3% Sandbeisatz anhaften darf, dessen Betrag handelsüblich in Abzug zu bringen ist. Sand haftet fast in allen Fällen der Lieferung von Brennereikartoffeln der Ware an. Der Beisatz von Sand bedeutet keinen Qualitätsmangel in dem Sinne, daß der Empfänger zur Annahmeverweigerung berechtigt wäre. Infolgedessen ist Käufer von Brennereikartoffeln nicht verpflichtet, im Hinblick auf den Sandbeisatz Kartoffeln im Waggon auf ihre Annahmefähigkeit zu prüfen. Selbst bei einem Beisatz von 20—25 z. auf 11 940 bezw. 12 280 kg. ist es nicht möglich, bei einer Besichtigung der Kartoffeln im Waggon diese Menge festzustellen, da erfahrungsgemäß der größte Teil Sands beim Transport durch die zwischen den Kartoffeln befindlichen Hohlräume nach unten sickert. Eine weitergehende Prüfung der Kartoffeln im Waggon auf Sand und Schmutzgehalt ist weder herkömmlich, noch durchführbar. —"

GA. der HK. Bromberg v. 2. 2. 06 in deren Mitt. 1906, 72.

8. „Nach der Vereinbarung eines Abzuges von 2% auf Sand können nicht mehr als 2% abgezogen werden, vorausgesetzt, daß geharfte Kartoffeln geliefert sind. Die Frage, ob die Abrede nur die Bedeutung hat, daß die Ware bei 2% Schmutzgehalt nicht als vertragswidrig zurückgewiesen werden dürfe, ist zu verneinen."

GA. der HK. Posen in deren Mitt. 1906, 127.

9. „Das Gutachten (oben Nr. 8) ist auch für den Fall aufrecht zu erhalten, daß der Kaufpreis für die Kartoffeln nach Stärkeprozenten berechnet ist.

Der Berechnung des Preises ist das bahnamtlich festgestellte Gewicht des Absendungsortes abzüglich 2% Sandgehalt zu Grunde zu legen.

Darüber, ob eine gut geharfte Kartoffel nicht mehr als 2% Schmutzgehalt enthält, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen, da der Schmutzgehalt vom Wetter, von der Güte des Bodens, von der Kartoffelsorte und anderen Einflüssen abhängig ist.

Die Frage, welcher Prozentsatz von Schmutzgehalt zulässig ist, wenn die Kartoffel noch als gut geharft gelten, läßt sich nicht allgemein beantworten.

---

*) Vgl. hierzu auch die „Vorbildlichen Geschäftsbedingungen im Kartoffelgroßhandel für die Provinzen Posen und Westpreußen," festgesetzt von dem Verbande der amtlichen Handelsvertretungen Posens und Westpreußens v. 26. 11. 06.

Ferner HoldheimsMSchr. 1906, 79, Nr. 44, und S. 227, Nr. 96—100.

Der Stärkegehalt wird in den Fabriken im allgemeinen durch die Reimann'sche Wage festgestellt."

GA. der HK. Posen in deren Mitt. v. Januar 1907, 167.

10. „Die Vertragsbestimmung: „2% Gutgewicht werden bewilligt," sind nach Handelsgebrauch dahin zu verstehen, daß dieses Gewicht in Abzug von sogenannten bodenreinen Kartoffeln zu bringen ist. Der Lieferant von Kartoffeln hat nach bestehendem Handelsgebrauch die Verpflichtung, die Kartoffeln, wenn sie aus dem Felde heraus geliefert werden, von dem ihnen anhaftenden Boden dadurch zu befreien, daß er sie „über die Harfe" gehen läßt. Durch diese Manipulation werden die Kartoffeln nicht vollständig von dem Schmutze gereinigt, es werden nur die massenhaft anklebenden Erdschollen entfernt. In diesem Sinne mußte die Beklagte die Kartoffeln bodenrein liefern und von dem Gewicht dieser bodenreinen Kartoffeln waren 2% Gutgewicht abzuziehen."

GA. der HK. Posen in deren Mitt. v. Juli 1906, 87.

11. „Im Kartoffelhandel darf, bei einer Vereinbarung von 3% Vergütung von Schmutz, nicht mehr als 3% abgezogen werden, auch wenn der Schmutz durchschnittlich mehr betragen hat, vorausgesetzt, daß die Kartoffeln vor der Verladung, wie üblich, geharft sind."

GA. der HK. Berlin in deren Mitt. v. Juni 1907, 110.

12. Bei der Lieferung von Kartoffeln ist in Bezug auf die zulässige Beimischung von Erde zu unterscheiden zwischen Speisekartoffeln und Brennereikartoffeln. Speisekartoffeln sind handelsüblich „erdefrei" zu liefern, doch muß sich nach Handelsgebrauch der Käufer einen Prozentsatz von 1% Erde gefallen lassen. Bei Brennereikartoffeln, die nicht verlesen zu werden brauchen, ist eine größere Beimischung von Erde nicht zu vermeiden, doch darf der Prozentsatz der zwischen den Kartoffeln befindlichen Erde nach Handelsgebrauch höchstens 2—3% betragen.

HA. der HK. Oppeln v. 12. 7. 04 in deren Mitt. 1906, 164.

13. Da Kartoffeln mit mehr als 4% Sandgehalt als nicht gut geharft betrachtet werden müssen, so ist es handelsüblich, den das vereinbarte Gutgewicht übersteigenden Beisatz zu vergüten, wenn der Sandbeisatz das festvereinbarte Gutgewicht um mehr als 2% übersteigt.

GA. der GK. Posen in deren Mitt. v. April 1907, 20.

14. „Nach einem in Berlin bestehenden Handelsgebrauch werden italienische Kartoffeln brutto für netto, also ohne Abzug von Tara, gehandelt."

GA. der Berliner HK. bei Dove und Meyerstein 114, Nr. 465.

15. „Eßkartoffeln sind sortenrein, handverlesen und in einer Mindestgröße von 4 cm aufwärts zu liefern."

GA. der HK. Bromberg v. 19. 12. 06 in deren Mitt. v. Dezbr. 1906, 171, und § 29 Abs. 1 der Eingangs bezeichneten Geschäftsbedingungen.

16. „Im Kartoffelhandel bedeutet der Ausdruck „stippig" dasselbe wie „roststreifig"; unter „glatter Ware" versteht man, schorffreie Kartoffeln. Ist beim Kauf ausdrücklich, „stippenfreie, glatte Ware" ausbedungen, so dürfen weder schorffige noch stippige roststeckige Kartoffeln geliefert werden. Kartoffeln, die von Roststecken nur punktiert sind, werden ebenfalls als stippig oder roststeckig betrachtet."

GA. der HK. Bromberg v. 13. 3. 07 in deren Mitt. Febr./März 1907, 39.

17. 1. „Im Handelsverkehr versteht man unter „unverlesenen Kartoffeln wie gewachsen" Futter- oder Fabrikkartoffeln.

Im allgemeinen hatte der Verkäufer nicht annehmen müssen, daß beim Verkauf von unverlesener Gelbe Rose prima Qualität der Käufer Eßware haben wollte, und auch aus dem Preise von 2,15 Mk. pro Zentner franko Elbing allein war dies nicht zu entnehmen. Aus dem Umstande aber, daß die Ware nach Elbing ging, mußte der Verkäufer annehmen, daß der Käufer wahrscheinlich Eßware haben wollte.

2. Daß Gelbe Rose-Kartoffeln im Frühjahr von selbst einen süßlichen Geschmack anzunehmen pflegen, der aber unerheblich ist, und an den man sich gewöhnt, ist hier nicht bekannt. Bei süßlichem Geschmack ist die Kartoffel nicht gesund, sondern durch Frost beschädigt.

3. „Futter- oder Fabrikkartoffeln" werden gewöhnlich nicht auf Entfernungen wie von Posen nach Elbing gehandelt, doch kommt es in Ausnahmefällen, bei lokalem Bedarf, vor.

Die Beantwortung der Frage, ob das Muster als Typmuster oder als Lieferungsmuster anzusehen ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob Eßware oder Fabrikware gemeint ist. Bei Fabrikmarke kann es allerdings nur als Typmuster betrachtet werden. Beim Kauf von Speiseware aber muß richtig nach Probe geliefert werden."

GA. der HK. Posen in deren Mitt. v. Jan. 1906, 28,

18. „Wenn eine Kartoffellieferung so ausgefallen ist, daß auf je 50 Kartoffeln 2 schwarzfleckige zu rechnen sind, so ist der Käufer nach Handelsbrauch nicht berechtigt, die Ware zur Verfügung zu stellen, namentlich dann nicht, wenn es sich um Kartoffeln alter Ernte handelt.

Je näher man vor der neuen Ernte steht, desto mehr sind erfahrungsgemäß die Kartoffeln minderwertig und dem Verderben ausgesetzt. Damit muß jeder Käufer rechnen."

GA. der HK. Leipzig in deren Mitt. v. Febr. 1907, 43.

19. Es ist richtig und üblich, daß bei Lieferung von Fabrikkartoffeln an Brennereien und zwischen Kaufleuten für die Berechnung des Stärkegehaltes der Kartoffeln einzig und allein diejenigen Gehaltsermittlungen maßgebend sind, die auf der Reimann'schen Wage festgestellt wurden.

GA. der HK. Posen in deren Mitt. 1906, 28.

20. Ein Handelsgebrauch darüber, welchen Stärkegehalt Kartoffeln, die zur Stärkefabrikation verkauft werden, haben müssen, besteht nicht.

Ein Landwirt, der Kartoffeln, die noch in der Erde stehen, verkauft, braucht einen Mindeststärkegehalt von 18% nach Handelsgebrauch nicht zu vertreten.

GA. der HK. Posen in deren Mitt. v. Juli 1905, 23.

21. Bei Käufen großer Mengen von Kartoffeln mit vereinbartem Durchschnittsstärkegehalt kommt es nur auf den bei Beendigung der Lieferung sich für die gesamte Lieferung herausstellenden Durchschnittsstärkegehalt an.

GA. der HK. Posen in deren Mitt. v. Juli 1906, 87.

22. Bei Verkäufen eines größeren Postens Kartoffeln zur sukzessiven Lieferung mit der Bedingung, daß die Kartoffeln einen bestimmten Stärkegehalt im Durchschnitt haben müssen, genügt es nach Handelsgebrauch, wenn das durchschnittliche Ergebnis der Gesamtlieferung den vereinbarten Stärkegehalt aufweist.

Die Annahme und Bezahlung einer Teillieferung kann der Käufer, sofern Zahlung Zug um Zug vereinbart ist, wegen ungenügenden Stärkegehalts nicht verweigern, er muß aber dem Verkäufer durch eine Anzeige Gelegenheit zur Nachprüfung und Nachlieferung geben. Ein Abzug für den mangelnden durchschnittlichen Stärkegehalt wird bei der Restlieferung gemacht.

GA. der HK. Berlin v. Mai 1907 in deren Mitt. 1907, 87

23. Im Handel mit Kartoffeln zu Brennereizwecken ist es nicht üblich, daß der Stärkegehalt der Kartoffeln nur nach ganzen oder halben Prozenten vergütet wird und daß die ermittelten Bruchteile auf ganze oder halbe Prozenten nach unten abgerundet werden. Es ist vielmehr üblich, daß der Stärkegehalt von Brennereikartoffeln bis auf Zehntelprozente festgestellt und danach auch vergütet wird.

GA. der HK. Oppeln v. 12. 9. 04 in deren Mitt. 1906, 166.

24. a) „Durch die Stärkegehaltsdifferenz von 2½% (statt durchschnittlich 19% nur 16½%) wird der Wert und die Tauglichkeit der 4032,80 z. Wohltmann-Kartoffeln zur Stärkefabrikation gegenüber dem auf 1,05 Mk. per Zentner festgesetzten Preis auf einen Preis von 90¼ Pfg. per Zentner in Gemäßheit des § 472 BGB. herabgemindert.

b) Diese Minderung des Wertes und der Tauglichkeit der Wohltmanns-Kartoffeln ist auch in Anbetracht des Umstandes, daß bereits mit Rücksicht darauf, daß der Stärkegehalt der Kartoffeln 19% nicht erreicht hatte, ein Abzug von 1 Pfg. per Zentner (hier — 40,33 Mk.) erfolgt ist, als eine erhebliche im Sinne des § 459 BGB. anzusehen.

Hinsichtlich der Bemerkung im Schlußschein: „Sollten die Silesia im Durchschnitt nicht 19% Stärkegehalt haben, usw." haben Kontrahenten vielleicht angenommen, daß diese Sorte, die in der großen Mehrheit geliefert wurde, einen soviel größeren Stärkegehalt haben würde, um einen Ausgleich herbeiführen zu können. Da aber aus den Akten hervorgeht, daß dieser Ausgleich nicht eingetreten ist, so muß die Minderberechnung der ca. 4000 z. Wohltmann-Kartoffeln neben der um 1 Pfg. per Zentner niedriger erfolgten Gesamtfakturierung gerechtfertigt erscheinen."

GA. der HK. Bromberg v. 1. 2. 07 in deren Mitt. 1907, 38.

25. „Im Magdeburger Kartoffelhandel wird handelsüblich unter „1 Waggon Kartoffeln" eine Menge Kartoffeln von 200 z. Gewicht verstanden.

Werden die Kartoffeln vom Lieferanten der Bahn nicht in Säcken abgewogen, sondern in loser Schüttung zur Beförderung übergeben, und ist zwischen dem Lieferanten und dem Käufer vereinbart, daß das bahnamtlich festgestellte Gewicht für die Preisberechnung maßgebend sein soll, so ist ein Mehrgewicht bis zu 10 z. auf 200 z. auf die Waggonladung zulässig."

GA. der HK. Magdeburg in der Samml. v. 1906, 19.

26. „Bei Kartoffellieferungen zwischen Kaufleuten und Landwirten ist es Verkehrssitte, daß ein gewisses Quantum über oder unter deklarierten Waggongewicht geliefert werden darf und ist im vorliegenden Fall bei einer vereinbarten Lieferung von 200 z. ein Manko von 23 z. als zulässig zu erachten."

GA. der HK. Posen in deren Mitt. 1906, 31.

27. „Ist ein Preis für eine Lowry Kartoffeln vereinbart, so versteht sich derselbe, für 200 z. Ein Mehr- oder Mindergewicht wird berechnet."

GA. der HK. Berlin in deren Mitt. v. April 1907, 64.

28. „Es besteht ein Handelsgebrauch, wonach bei der Abgangsstation ein Waggon doppelt, nämlich leer und beladen gewogen werden muß, wenn das bahnamtliche Gewicht der Abgangsstation als maßgebend vereinbart ist.

Es muß ferner als Handelsgebrauch angesehen werden, daß das im bestimmten Falle besonders ermittelte also nicht angeschriebene — Wagengewicht als für die Berechnung maßgebend anzuerkennen ist, wenn dasselbe in unmittelbarem Zusammenhange mit der Bruttoverwiegung festgestellt worden ist."

GA. der HK. Posen, in deren Mitt. v. April 1907, 20.

29. „Es entspricht den im Handel mit Kartoffeln bestehenden Geschäftsgebräuchen, daß in Ermangelung anderweitiger Vereinbarung, das bahnamtlich festgestellte Gewicht der Abgangsstation für die Preisberechnung als maßgebend zu betrachten ist, und zwar auch dann, wenn die Ware dem Empfänger von einer anderen Station aus übersandt worden ist, als der ursprünglichen Verladestation der Ware."

GA. der Breslauer HK. v. 26. 11. 04 bei Riesenfeld 2, 86, Nr. 225 und GA. der HK. Oppeln v. 10. 4. 05. in deren Mitt. 1906, 166.

Vgl. auch Holdheim, 1906, Nr. 100, S. 227.

30. „Handelsüblich müssen beim Handel in Kartoffeln loco Berlin die Kartoffeln in Berlin entweder bahnamtlich oder auf dem Ankunftsbahnhofe durch den Käufer selbst gewogen werden, widrigenfalls der Käufer ein sich später ergebendes Manko zu tragen hat."

GA. der Berliner HK. bei Dove und Meyerstein 3, Nr. 454.

31. „Wenn beim Kartoffelhandel das bahnamtliche Gewicht abzüglich 2% vereinbarungsgemäß zur Berechnung kommen soll, darf nach bestehendem Handelsgebrauch vom Verkäufer nicht außerdem noch besondere Tara für Sand oder Schmutz in Abzug gebracht werden. Unter bahnamtlichen Gewicht ist dabei zu verstehen, daß der Eisenbahnwagen leer und beladen gewogen wird.

Bei Verladung von Kartoffeln in Eisenbahnwaggons ist der Lieferant nach Handelsgebrauch verpflichtet, die Tragfähigkeit jedes Waggons voll auszunutzen. Die durch die Unterlassung dieser Verpflichtung entstehenden Mehrkosten an Fracht fallen nach Handelsgebrauch dem Verlader zur Last."

GA. der HK. Bromberg in deren Mitt. Mai/Juni 1906, 72.

32. „Nach Berliner Gebrauch ist der Empfänger einer Ladung Kartoffeln — gleichviel, ob er Käufer, oder Einkaufskommissionär ist — verflichtet, das Gewicht bahnamtlich feststellen zu lassen, insbesondere dann, wenn Zweifel bezüglich des Gewichts der Ladung bestehen. Unterbleibt die Feststellung, so muß der Empfänger das im Frachtbriefe angegebene Gewicht gegen sich gelten lassen."

GA. der HK. Berlin in deren Mitt. 1907, 87.

33. „Nach der im Großhandel mit Kartoffeln (in Breslau) herrschenden Verkehrsauffassung gilt der Käufer, der die Qualität einer ihm gelieferten Menge Kartoffeln bemängelt, für verpflichtet, seinem Verkäufer den Lagerort der Kartoffeln zu bezeichnen, um ihm damit die Möglichkeit der eigenen Veranlassung einer unparteiischen Probeziehung und Untersuchung zu geben. Nach der gleichen Verkehrsauffassung gilt das Verhalten des Käufers, der sich trotz der Aufforderung des Verkäufers zur Angabe des Lagerortes der Ware weigert, diesen zu bezeichnen, als Ausdruck stillschweigender Aufgabe aller Ansprüche aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers, und zwar auch dann, wenn der Käufer nachweist, daß eine unparteiische Untersuchung der Ware vorgenommen worden ist."

GA. der Breslauer HK. v. 16. 6. 06 bei Riesenfeld 2, 64, Nr. 166.

34. „Im Kartoffelhandel besteht ein Handelsgebrauch, nach welchem die Rügefrist auf 24 Stunden beschränkt ist."

GA. der Berliner HK. bei Dove und Meyerstein 55, Nr. 206.

35. „Im Kartoffelhandel müssen nach Berliner Handelsgebrauch etwaige Mängel sofort nach Empfang gerügt werden."

GA. der HK. Berlin in deren Mitt. v. Mai 1907, 87. Vgl. Nr. 34, 36.

36. „Ein Handelsgebrauch, wonach der Käufer die lose per Waggon ankommenden Kartoffeln sofort zu untersuchen und eventl. noch vor der Ausladung zur Disposition zu stellen hätte, besteht nicht; vielmehr können die vom Waggon abgefahrenen Kartoffeln, sofern sie sich als fehlerhaft erweisen, immer noch zur Verfügung gestellt werden, selbst dann, wenn sie bereits auf Lager genommen sind."

GA. der Frankfurt a. M. HK. in der Samml. 1906, 51.

37. „Der Käufer von Eß- und Saatkartoffeln, namentlich ein solcher, der Kaufmann ist, ist nach Handelsgebrauch verpflichtet, die ihm abgelieferten Eßkartoffeln unverzüglich zu untersuchen und jeden einzelnen Mangel derselben unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen."

GA. der HK. Posen in deren Mitteilungen vom April 1907, 20.

38. „Die Verabredung, daß Reklamationen nur bahnstehend zu erfolgen haben, bedeutet im Kartoffelhandel, daß die Abnahme der Ware von der Bahn überhaupt nicht erfolgen darf, solange nicht eine Einigung der Beteiligten wegen der gerügten Mängel erfolgt ist, und daß bei einer Abnahme vor erzielter Einigung der Abnehmer auch bei rechtzeitiger Absendung der Mängelrüge alle Ansprüche wegen der gerügten Mängel, insbesondere auch den Anspruch auf Schadenersatz wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften, verliert."

GA. der HK. Bromberg v. 16. 3. 06 in deren Mitt. v. 1906, 31.

39. „Es besteht kein Handelsgebrauch, daß ein bei Kartoffeln nach § 379 HGB. vorgenommener Selbsthilfeverkauf innerhalb einer bestimmten Frist nach Ablieferung geschehen muß.

Die Sachverständigen erklären hierzu folgendes:

Werden Kartoffeln bahnstehend vom Empfänger zur Verfügung gestellt, so muß dieses mit Rücksicht darauf, daß Kartoffeln leicht verderben können, telegraphisch geschehen, wenn dann der Absender nicht innerhalb 2—3 Tagen darüber verfügt, so muß nach Ablauf dieser Frist der Verkauf der zur Verfügung gestellten Kartoffeln nach gesetzlichen Vorschriften sobald als möglich vorgenommen werden, weil das große Risiko des Verderben der Kartoffeln vorliegt."

GA. der HK. Bromberg v. 15. 8. 06 in deren Mitt. 1906, 126.

40. „Mangels einer besonderen Anweisung war der Empfänger berechtigt, die Kartoffeln aus dem Eisenbahnwagen in Säcken auszuladen. Bei durchaus gesunden Kartoffeln ist die Abfuhr in Säcken sogar vorteilhafter. Der Empfänger durfte die Kartoffeln auch einige — zwei bis vier — Tage in Säcken auf trockenem Lager halten. Es ist aber keineswegs angängig, in der warmen Jahreszeit Kartoffeln in Säcken längere Zeit aufzubewahren, da sie dann sehr leicht faulen. Bei längerem Lagern müssen Kartoffeln lose aufgeschüttet sein und zwar in ganz dünner Schicht, da sie selbst dann leicht dem Verderben ausgesetzt sind, wenn sie hoch aufeinander geschüttet liegen."

GA. der HK. Bromberg v. 14. 8. 06 in deren Mitt. v. Septbr. 1906, 176.

41. „Die Entnahme einer Probe im Gewichte von nur 10 Pfund aus der in Rede stehenden Sendung von 2412 Ztr. Kartoffeln kann nicht als nach Handelsgebrauch ordnungsmäßige behandelt werden."

GA. der HK. Bromberg v. 23. 3. 06 in deren Mitt. v. 1906, 31.

42. „Der Käufer von Kartoffeln ist verpflichtet, die zur Verfügung gestellten Kartoffeln zurückzusenden, falls der Verkäufer sich bereit erklärt, die Kosten der Rücksendung zu tragen."

GA. der Frankfurt a. M. HK. in der Samml 1906, 51.

43. „In der Zeit von Oktober bis Dezember 1905 betrug der Preis für Fabrikkartoffeln 5—5¾ Pfennig für ein Stärkeprozent; ein Zentner Kartoffeln mit 16,4% kostete z. B. 5 mal 16,4 = 82 Pfg. Daher wäre jeder Waggon besonders nach dem Stärkegehalt der Ladung zu berechnen. Auf die Sorten Woltmann- oder Märker-Kartoffeln kommt es in diesem Falle nicht an."

GA. der HK. Bromberg v. 30. 8. 06 in deren Mitt. S. 159/160 pro 1906.

44. „Es ist im Kartoffelgroßhandel nicht üblich, die Ware unter Nachnahme zu übersenden."

GA. der Berliner HK. bei Dove und Meyerstein 51 Nr. 191.

45. „Bei einem Verkauf von Kartoffeln „ab Waggon M. . . . (Ort)" oder „Waggon M. . ." bedeutet diese Bedingung nur, daß die Fracht von M. . . . nach dem Bestimmungsorte dem Käufer zur Last fällt, nicht aber, daß die Ware in Mk. . . . zu übernehmen und sofort bei der Übernahme zu bezahlen ist."

GA. der Berliner HK. bei Dove und Meyerstein 48 Nr. 176.

46. „Ein Handelsgebrauch, daß Kartoffeln stets franko Empfangsstation gehandelt werden, existiert in Oberschlesien nicht."

GA. der HK. Oppeln v. 29. 10. 04 in deren Mitt. v. 1906, 165.

47. „Es besteht kein Handelsgebrauch im Kartoffelhandel, das Stroh, das zum Verpacken von Kartoffeln zur Winterzeit verwendet worden ist, wie Kartoffeln zu bezahlen. Es wird vielmehr je nach der Vereinbarung die Strohverpackung entweder vom Verlader gratis geliefert oder nach ihrem Werte bezahlt."

GA. der Berliner HK. bei Dove und Meyerstein 114 Nr. 464.

48. „Der Käufer von Kartoffeln ist ohne weiteres nicht zur Zahlung von Sackmiete verpflichtet. Es bedarf vielmehr vorher einer Mahnung und Inverzugsetzung. Eine Sackmiete kommt im Kartoffelhandel nicht häufig vor, da gewöhnlich nur Säcke geringer Qualität verwendet werden. Über die Höhe der Sackmiete gilt, was vereinbart ist, ein fester Satz läßt sich nicht feststellen."

GA. der Frankfurt a. M. HK. in der Samml. 1906, 51.

49. „Es ist im Handel mit Kartoffeln nicht üblich, ohne weiteres Sackmiete zu berechnen. Eher kann als Voraussetzung für die Berechnung der Sackmiete gelten, daß zunächst einmal zur Rückgabe der Säcke aufgefordert wird, auch wenn eine bestimmte Frist zur Rückgabe vereinbart war. Ferner ist die Berechnung von Sackmiete überhaupt noch nicht allgemein im Kartoffelhandel üblich, sondern es kommt auch vor, daß die Säcke nach Ablauf von mehreren Wochen nicht mehr zurückgenommen und dem Käufer mit einem Preise von 15 bis 30 Pfennig, je nach ihrer Beschaffenheit in Rechnung gestellt werden. Hiernach besteht auch kein Handelsgebrauch, auf Grund dessen sich die Frage beantworten ließe, ob die Sackmiete den Wert der Säcke übersteigen dürfe. Soweit von den Gewährsmännern der Handelskammer Sackmiete berechnet wird, gilt ¼ Pfennig für Sack und Tag als angemessen."

GA. der HK. Leipzig in deren Mitt. v. Juli 1906, 218.

50. „Nach Handelsgebrauch ist der Käufer verpflichtet, auf Verlangen dem Verkäufer leere Kartoffelsäcke zurückzuschicken. Die Kosten der Versendung trägt der Verkäufer."

GA. der Frankfurt a. M. HK. in der Samml. 1906, 51.

51. „Ein Handelsgebrauch, wonach der Käufer von in Säcken gelieferten Kartoffeln mangels besondere Abrede die Säcke nicht frachtfrei dem Verkäufer zurückzusenden hat, besteht nicht. Gewöhnlich werden beim Geschäftsabschluß Vereinbarungen darüber getroffen, wer die Rückfracht für die Säcke, wenn solche vom Verkäufer zur Verfügung gestellt werden, tragen soll."

GA. der HK. Bromberg v. 20.2.07 in deren Mitt. 1907, 38.

52. „Bei einer Temperatur von plus 12,5° C. um 7 Uhr früh, plus 18,2° C. um 2 Uhr nachmittags und plus 12,3° C. um 9 Uhr abends am 23. Mai besteht beim Verladen von Kartoffeln eine Fürsorgepflicht bezüglich des Öffnens oder Schließens der Luftklappen an den Waggons. Der Verlader hat bezüglich des Schutzes der Kartoffeln gegen Hitze oder Kälte auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die Fürsorge eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden; hierzu gehört bei Hitze auch das Öffnen der Luftklappen an den Waggons, wenn solche vorhanden sind."

GA. der HK. Bromberg v. 12. 10. 05 im Jahrb. 1905, 114.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

1) Bei der offenen Handelsgesellschaft kann durch den Gesellschaftsvertrag den ausscheidenden Mitgliedern, im Falle vorgesehener Fortdauer der Gesellschaft, der Anteil am Reservefonds versagt werden. 2) Bei der offenen Handelsgesellschaft steht den Gesellschaften frei, im Wege des Übereinkommens Wertgegenstände in die Bilanz zu einem niedrigeren als dem wahren Werte einzustellen und auch zu vereinbaren, daß gewisse Werte bis auf Null abgeschrieben und damit stille Reserven geschaffen werden.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 15. Mai 1907. 458. 06.

Die Klägerin, welche Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft gewesen und aus dieser ausgeschieden war, verlangte Erhöhung ihrer Abfindung. Über gewisse maßgebende Gesichtspunkte sprach sich das RG., wie folgt, aus:

Der Gesellschaftsvertrag v. 12. 6. 77 hatte den nun eingetretenen Fall, daß nach Ablauf der zunächst festgesetzten Vertragsdauer einzelne Gesellschafter der begründeten offenen Handelsgesellschaft aus derselben auszuscheiden wünschten, andere aber dieselbe fortführen wollten, von Anfang an vorgesehen und für diejenigen, die ausscheiden wollten, bestimmt, wann sie zu kündigen und in welcher Weise sie ihre Abfindung für ihren Geschäftsanteil zu empfangen hatten. Die Ausscheidenden sollten lediglich nach Maßgabe des letzten Jahresabschlusses „durch Auszahlung ihres danach ermittelten Guthabens" abgefunden werden, gegen dessen Empfang sie „ihre Anteile am Geschäft und allem beweglichen und unbeweglichen Vermögen desselben den Übernehmern derselben unweigerlich verkaufen und übereignen müssen", wobei noch ausdrücklich bestimmt ist, daß darüber hinaus keine Mehrforderung statthaft ist. Die Klägerin hat sich diesem Gesellschaftsvertrag, den sie unterzeichnete, beim Eintritt in die Gesellschaft unterworfen und ist deshalb durch ihre Vertragspflicht an denselben gebunden; da das Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander nach Art. 90 des Allg. DHGB wie nach § 109 des HGB. sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag richtet, so kann die Klägerin mehr, als ihr durch die erwähnte Vertragsbestimmung zugewiesen ist, nicht beanspruchen. Ihre Auffassung, daß für die Auseinandersetzung mit ihr nur der wirkliche Wert des am 1. 4. 1900 vorhandenen Gesellschaftsvermögens in Betracht zu kommen habe, ist demnach irrig, und es kann sich nur fragen, ob sie mit den ihr für ihre 10 Geschäftsanteile ausbezahlten 41071,45 Mk. dasjenige erhalten hat, was ihr nach dem letzten Jahresabschluß zukam. Das leugnet sie an sich nicht, sie verlangt aber die Einstellung weiterer Aktivposten in den Abschluß, zunächst von 500 000 Mk. als Wert der Gebäude, Maschinen und Utensilien nebst Grund und Boden, oder doch von 30 000 Mk. für Grund und Boden, weil diese Werte, wenn auch völlig abgeschrieben, so doch als solche vorhanden seien. Mit diesem Verlangen ist die Klägerin indessen in den Vorinstanzen mit Recht abgewiesen worden. Die Abschreibungen auf Gebäude, Maschinen und Utensilien auf Null sind auf Grund der in § 10 des Gesellschaftsvertrags vorgeschriebenen und auch durchgeführten vierprozentigen Amortisation seit Jahren erfolgt und haben sich, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, auch auf den Wert des Grundes und Bodens miterstreckt; in den von der Klägerin mitgenehmigten Bilanzen erscheint deshalb hierfür kein Wert, und diese Tatsache muß die Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags auch bei Berechnung der ihr gebührenden Abfindung gegen sich gelten lassen. Sachlich liegt in der getroffenen Bestimmung nur ein Ausschluß des ausscheidenden Gesellschafters von dem Anteile an dem in der erwähnten Weise stillschweigend gebildeten Reservefonds, der seiner Natur nach für die Wechselfälle des gesellschaftlichen Betriebs bestimmt ist. Es besteht kein gesetzliches Hindernis, durch den Gesellschaftsvertrag den ausscheidenden Mitgliedern den Anteil an dem Reservefonds zu versagen, wenn schon bei Gründung der zunächst auf einen begrenzten Zeitraum geschlossenen Gesellschaft die Fortführung derselben auf einen weiteren Zeitabschnitt unter besonderen Voraussetzungen in Aussicht genommen wird. Die Bestimmung in § 73 des GenG., daß der ausscheidende Genosse an den Reservefonds der Genossenschaft keinen Anteil hat, wirkt ebenso wie

die hier getroffene vertragliche Bestimmung zu dem berechtigten Zweck, für Kapitalverminderungen, welche durch Verluste im Betriebe des Geschäftes eintreten können, eine ausreichende Deckung verfügbar zu erhalten. Der Angriff der Revision, daß gegenüber der Vorschrift des Art. 31 des Allg. DHGB. und § 40 des HGB. die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über die erwähnten Abschreibungen nicht zulässig seien, ist rechtlich nicht haltbar. Wie das RG. bereits in dem Urteil v. 3. 4. 91 in der Sache M. wider B. VI. 6/91, mitgeteilt im SächsArch. 1, 499, dargelegt hat, liegt in jener Weisung keineswegs ein genügendes Verbot, Teile des Gesellschaftsvermögens niedriger als nach ihrem wahren Wert in die Bilanz einzusetzen, es steht vielmehr den Gesellschaftern, wie sich aus Art. 90 des Allg. DHGB. im Zusammenhalt mit Art. 107, 109 und jetzt aus § 109 mit § 120 des HGB. ergibt, frei, im Wege des Übereinkommens Wertgegenstände in die Bilanz zu einem niedrigeren als dem wahren Wert einzustellen und auch zu vereinbaren, daß gewisse Werte bis auf Null abgeschrieben und damit stille Reserven geschaffen werden. Eine derartige Vereinbarung war hier getroffen und die Klägerin selbst hat die nach dieser Vertragsabrede hergestellten Bilanzen, wie unstreitig ist, als richtig mit den übrigen Gesellschaftern anerkannt bis auf die Bilanz v. 1. 4. 1900. An dieses Anerkenntnis ist sie gebunden, und sie kann demnach auch für den letzten Jahresabschluß, welcher nach § 13 die Grundlage für die Ermittelung ihres Abfindungsguthabens bildet, nicht verlangen, daß für die völlig abgeschriebenen Gebäude nebst Maschinen und Utensilien einschließlich des Grundes und Bodens irgend ein Betrag in die Bilanz eingestellt werde.

* * *

Beim Sukzessivlieferungskaufe berechtigt die Mangelhaftigkeit der ersten Teillieferung für sich allein den Käufer noch nicht zum Rücktritt vom Vertrage. Das gilt auch dann, wenn Kassa gegen Konossemente gekauft ist.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 31. Mai 1907. 67. 07.

Der Beklagte kaufte im Juli 1904 von der im Staat New-York ansässigen Klägerin 500 Barrels geschnittene Äpfel cif Hamburg 1 % Diskont gegen Dokumente, Schiffsverladung Oktober, November. Die erste gegen Ende Oktober in Hamburg angenommene Sendung von 100 Barrels wies der Beklagte als vertragswidrig zurück, indem er gleichzeitig die Annahme aller weiteren am 7., 10., 21. und 22. Oktober von der Klägerin in Abgang gebrachten Sendungen verweigerte. Nachdem die Klägerin sowohl jene erste als diese weiteren Sendungen von 400 Barrels am 2. Dez. 04 in Hamburg durch Sachverständige hatte untersuchen lassen und diese Untersuchung ergeben hatte, daß die erste Sendung ungesund, die übrigen 400 Barrels aber von vertragsmäßiger Beschaffenheit waren, forderte die Klägerin unter Mitteilung dieses Ergebnisses den Beklagten wiederholt zur Abnahme der vertragsmäßigen 400 Barrels auf, jedoch vergeblich. Sie ließ darauf nach vorheriger Androhung diese öffentlich versteigern und klagte den Unterschied zwischen Erlös und Fakturenpreis gegen den Beklagten ein und drang hiermit in allen Instanzen durch.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Berufungsrichter führt aus:

Bei vereinbarten Ratenlieferungen stehe, wenn eine Teillieferung mangelhaft sei, regelmäßig dem Käufer der Wandelungsanspruch nur rücksichtlich der mangelhaften Lieferung zu und es sei ein Rücktrittsrecht auch bezüglich der noch ausstehenden künftigen Teillieferungen nur begründet, wenn in einer Weise andauernd mangelhaft geliefert werde, welche die Annahme rechtfertige, es sei nicht zu erwarten, daß künftig anders geliefert werde. Der Umstand, daß die erste Lieferung Mängel aufgewiesen habe, habe den Beklagten nicht zu der Annahme berechtigt, es würden auch alle späteren Lieferungen dieselben Mängel aufweisen. Im Gegenteil habe dem Beklagten, als er durch Schreiben v. 27. 10. 04 seinen Rücktritt vom Vertrage erklärte, zu einer solchen Annahme jede tatsächliche Unterlage gefehlt. Wenn der Beklagte (der „cif Hamburg 1 % Diskont gegen Dokumente" gekauft hatte) geltend gemacht habe, es sei ihm nicht zuzumuten gewesen, sich der Gefahr auszusetzen, daß auch die späteren Lieferungen mangelhaft seien und er den im voraus zu zahlenden Kaufpreis dann in Amerika wieder einklagen müsse, so wären derartige Schwierigkeiten und Weiterungen nur die notwendige Folge der von dem Beklagten mit dem Käufer getroffenen Vertragsbedingungen und müßten daher von dem Beklagten auf sich genommen werden.

Ein Rechtsirrtum ist in diesen Ausführungen nicht ersichtlich.

Insbesondere ist in der Fehlerhaftigkeit der ersten in Hamburg angekommenen Sendung (auch wenn ein Sukzessivgeschäft als vorliegend anzunehmen sein möchte) noch nicht, wie die Revisionsklägerin meint, ohne weiters eine derartige positive Vertragsverletzung zu erblicken, daß der Beklagte zur Zurückweisung aller anderen ihm übersandten Lieferungen und zum Rücktritt von dem ganzen Vertrage berechtigt war. Dieses wäre allerdings dann der Fall gewesen, wenn damit die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet gewesen wäre, insbesondere wie der Berufungsrichter hervorhebt, Anlaß zu der Annahme vorgelegen hätte, daß auch die anderen Teillieferungen mangelhaft sein würden, daß die Klägerin vertragsmäßige Ware nicht liefern könne oder nicht liefern wolle. (Entsch. des RG. 54, 102/103; 57, 115). Hier aber hat der Berufungsrichter ausdrücklich und in prozessualer Beziehung unangefochten festgestellt, daß es zu einer solchen Annahme an jeder tatsächlichen Unterlage gefehlt habe. Der Umstand, daß der Beklagte, der nach dem Vertrage den Kaufpreis gegen Aushändigung der Dokumente zu zahlen hatte, Gefahr lief, mangelhafte Ware zu erhalten, kann für sich allein noch nicht dazu führen, dem Beklagten infolge des Angebots einer mangelhaften Teillieferung ein Recht zum Rücktritt von dem ganzen Vertrage zu geben,

das ihm ohne die gedachte Vertragsabrede nicht zustand, und insbesondere wird dem Käufer, der Kassa gegen Dokumente gekauft hat, ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage wegen einer mangelhaften Teillieferung dann nicht zugestanden werden können, wenn der Verkäufer dem Käufer nachweist, daß er im übrigen vertragsmäßige Ware liefern will und kann, und ferner sogar, daß die übrigen, auch bereits für den Empfänger verladenen Waren vertragsmäßig sind. Dieses liegt hier aber alles nach den zwischen den Parteien unstreitigen Tatsachen vor. Die 400 vertragsmäßigen Barrels sind zwischen dem 7. und 22./24. Oktober 1904 der Hamburg-Amerika Linie zum Transport an den Beklagten übergeben, und die Klägerin hat unstreitig dem Beklagten die 400 Barrels unter Mitteilung des Attestes v. 2. 12. 04 wiederholt zur Annahme angeboten. Bei dieser Sachlage und da die Klägerin die Ware erst Oktober — November 1904 zu verschiffen gehabt hatte, kann keine Rede davon sein, daß der Beklagte am 27. 10. 04 (oder überhaupt) infolge der einen mangelhaften Teillieferung ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage gehabt und die Erfüllung des Vertrages v. 27. 10. 04 für den Beklagten infolge des Verhaltens der Klägerin kein Interesse mehr gehabt habe (§ 326 Abs. 2 BGB.) — Zu betonen ist auch, daß die Klägerin von dem Beklagten, nachdem dieser gegen die zuerst angekommene Sendung Ausstellungen erhoben hatte, nicht Bezahlung der übrigen Sendungen einfach gegen Aushändigung der Dokumente verlangt hat, sondern daß die Klägerin dem Beklagten diese Sendungen selbst (noch unter Mitteilung des Attestes v. 2. 12. 04) angeboten hat und daß, da die Sendungen bereits in Hamburg lagerten, einer Untersuchung derselben durch den Beklagten nichts im Wege stand (Entsch. des RG. 31, 107). Daß etwa die Klägerin dem Beklagten die Untersuchung der Ware verwehrt habe, behauptet der Beklagte selbst nicht. Bei der in zeitlich nur ganz geringen Zwischenräumen erfolgten Absendung der einzelnen Teilposten hatte der Beklagte keinerlei rechtliches Interesse schon nach dem Eintreffen der ersten mangelhaften Sendung von dem ganzen Vertrage zurückzutreten und nicht vielmehr das Eintreffen auch der anderen Sendungen abzuwarten und sich einer Untersuchung derselben zu unterziehen.

— —

Kleine Mitteilungen.

Auflassung eines Gesellschaftsgrundstücks bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft.

Die Frage, ob die Auflassung eines Grundstücks erforderlich ist, wenn bei Auflösung einer aus zwei Mitgliedern bestehenden, offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen gegen Abfindung des anderen Gesellschafters übernimmt, ist vom KG. im Gegensatz zu dem bisher von ihm vertretenen Standpunkte (vgl. Johow-Ring Samml. der Entsch. des KG. 13, 226; 24, A. 110; 27, A. 277) und zwar im Anschluß an die in der „JW." Jahrg. 1907, 303 unter Nr. 6 abgedruckte Entsch. des RG. v. 23. 2. 07 durch Beschl. des ersten FS. v. 15. 8. 07 verneint worden. —

Literatur.

Eingänge.

Apt, Professor Dr. jur. Max, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Berlin 1907. Carl Heymanns Verlag.

Hitzig, Dr. H. F. Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe. Zürich Verlag. Art. Institut Orell Füßli.

Meili, Dr. F., Moderne Staatsverträge über das Internationale Konkursrecht. Zürich 1907. Verlag Art. Institut Orell Füßli.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt Dr. Heilbrunn, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. 8, Mauerstraße 43/44.

Soeben erschien:

Das Reichsgesetz

betreffend die

Gesellschaften mit beschränkter Haftung

vom 20. April 1892

in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Erläutert von

Dr. Ernst Neukamp

Oberlandesgerichtsrat und Dozent an der Handelshochschule in Köln.

Dritte und vierte durchgearbeitete und vermehrte Auflage

(Taschengesetzsammlung No. 7)

Preis geb. 4 M.

Über die zweite Auflage schrieb Justizrat Merzbacher im „Recht": „Der vorliegende klare und präzise kurze Kommentar eignet sich vortrefflich für den praktischen Handgebrauch und berücksichtigt die Literatur und Rechtsprechung im ausreichenden Maße. Der Verfasser dringt in alle auftauchenden Fragen tief ein und behandelt dieselben meist kurz, jedoch erschöpfend." Die neue Doppelauflage, die gleichzeitig als eine verbesserte anzusehen ist, wird sich das Lob der Kritik und die Anerkennung in der Praxis sicher noch in gesteigertem Maße erringen.

Monatsschrift

für

Handelsrecht und Bankwesen

Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat Dr. **Paul Holdheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 11. **Berlin, Sonnabend 9. November 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30. Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Scheckvertrag und Guthaben. Von Rechtsanwalt Dr. Breit in Dresden. — Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906 (Fortsetzung Tarifstelle 36—59). Von Reichsgerichtsrat Meyn, Leipzig. — Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen. Von Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg i. B. — Zum Recht des Rückgriffs des Versicherten auf den Schadensstifter. Von Landgerichtsrat Marcus-Berlin. — Die Zwangsvollstreckung in den Inhalt eines Kassenschrankfaches. Von Dr. Bricken-Darmstadt. — Entscheidungen des Reichsgerichts: Flußversicherung. Über Erwerb der havarierten Ware durch den Versicherten. — Anwendung des § 31 BGB. auf Aktiengesellschaften. — Vertragsmäßige Festsetzung einer Zubuße bei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. — Vertragsstrafe bei Unmöglichkeit der Leistung. — Lieferungsverzug des Verkäufers gegenüber dem vermögenslosen Käufer. — Zur Begriffsbestimmung des Handelsgeschäftes. — Setzung einer Nachfrist. — Aus der Praxis des Handelsregisterrichters: Prokurabestellung bei der Aktiengesellschaft, Einfluß der erfolgten Prokuraeintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung auf die Entscheidung des Gerichts der Zweigniederlassung. — Literatur.

Scheckvertrag, Guthaben und Schadenersatz.

Von Rechtsanwalt **Dr. James Breit** in Dresden.

I.

Der wirtschaftliche Zweck der Scheckbegebung ist die Befugnis des Scheckinhabers, bei der bezogenen Bank die im Scheck angegebene Summe zu erheben. Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn der bezogenen Bank eine Verpflichtung zur Auszahlung der angewiesenen Summe, d. h. also zur Einlösung des Schecks obliegt. Der gesamte Scheckverkehr gründet sich auf die supponierte Existenz einer solchen Verpflichtung. Daß sie besteht, ist zweifellos. Aber worauf gründet sie sich?

Es war Georg Cohn, der diese Frage als erster aufwarf. Er hat die Lehre vom Scheckvertrage geschaffen. Seine bekannte Formel lautet: Kein Scheck ohne Scheckvertrag.

Das Erfordernis des Scheckvertrages ist von den weitaus meisten Autoren des deutschen Scheckrechts akzeptiert worden. Einige wenige Schriftsteller leugnen ihn freilich. So sagt Birnbaum[1]):

> Das Verhältnis zwischen Scheckaussteller und Bank setzt aber nicht notwendig den Abschluß eines Vertrages voraus; es kann auch ohne besondere Vereinbarungen durch die Art des Geschäftsverkehres zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen begründet werden.

Dieser Satz enthält einen offenbaren Widerspruch: Natürlich braucht der Vertrag nicht mit Worten oder etwa gar schriftlich abgeschlossen sein. Es genügen auch konkludente Handlungen und es genügt mithin vor allem die bloße Aushändigung des Scheckbuches an den Kunden.

Auch v. Canstein erachtet den Scheckvertrag anscheinend nicht als eine Notwendigkeit[2]). Er spricht davon, daß der Scheckbegebung in der Regel ein Scheckvertrag vorausgehe. Bei ihm ist aber wohl der Wunsch des Gedanken Vater: Er will den Anspruch des Scheckinhabers gegen den Bezogenen im Interesse der Sicherheit und Ausbreitung des Scheckverkehrs möglichst unabhängig von internen Vereinbarungen zwischen Bank und Aussteller gestellt wissen und dieses Ziel läßt sich offensichtlich am einfachsten auf die Weise erreichen, daß man den Scheckvertrag eliminiert.

Nun ist natürlich der Cohn'sche Satz: „Kein Scheck ohne Scheckvertrag" mindestens irreführend: die Rechtsgültigkeit des konkreten Schecks wird durch

[1]) Über Schecks, ZHR. 30, 7.

[2]) Die Klage des Scheckinhabers gegen den Bezogenen, ZHR. 60, 166.

das Fehlen eines Scheckvertrages nicht in Frage gestellt. Die gegenteilige Ansicht von Kuhlenbeck[3]) und Conrad[4]) ist falsch.

Für das künftige Recht kann das nicht zweifelhaft sein, denn unter den wesentlichen Erfordernissen eines Schecks, die der § 1 des Gesetzes aufzählt, findet sich der Scheckvertrag nicht. Wenn also jemand auf eine Bank einen Scheck zieht, mit der er niemals in Geschäftsverbindung gestanden hat und bei der er auch irgend welches Guthaben nicht besitzt, so ist diese Urkunde ein Scheck: er haftet mithin für die Nichteinlösung scheckmäßig und haftet außerdem gemäß § 21 dem Inhaber auf Schadenersatz.

Ist sonach der Abschluß des Scheckvertrages kein Essentiale für die Gültigkeit des Schecks, so ist er doch das Fundament für die Verpflichtung der bezogenen Bank zur Einlösung.

Außerordentlich umstritten ist nun der Inhalt und die Rechtsnatur des Scheckvertrages. Georg Cohn[5]) bestimmt ihn als

„denjenigen Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent sich verpflichtet, gegen Aushändigung des von dem anderen Kontrahenten nach Maßgabe besonderer Instruktion ausgestellten Zahlungsanweisungen (Schecks) unbeschränkt oder bis zu einem bestimmten Betrage Deckung zu leisten."

Kapp[6]) definiert den Scheckvertrag als Kassenverwaltungsvertrag. Er bilde eine Unterart des Depositengeschäfts. Sein Inhalt gehe dahin, „daß der Bankier seinem Kunden gegen dessen Einzahlung einen Buchkredit eröffnet mit der Verpflichtung, die auf diesen lautenden Summen zur Verfügnng des Kunden zu halten und sie auf mündlich oder schriftlich erteilten Auftrag jederzeit an ihn selbst oder einen dritten ganz oder teilweise zurückzuzahlen habe."

Diese Auffassung ist unhaltbar. Mit Recht macht Cohn Kapp zum Vorwurf „er erhebe, wie so viele in dieser Lehre, das gewöhnliche zum notwendigen". Kapp hat sich durch die üblichen Erscheinungen des Scheckverkehrs im täglichen Leben täuschen lassen. Er übersieht, daß das Depositum, das er als im Scheckvertrage wesentlich ansieht, nur eine der möglichen Erscheinungsformen des Begriffs Guthaben ist.

Der Scheckvertrag ist ein abstrakter Vertrag. Er verpflichtet den Bankier unter bestimmten Voraussetzungen zur Einlösung der vom Aussteller auf ihm gezogenen Schecks. Scheckvertrag ist nichts als erklärte Einlösungsbereitwilligkeit des Bankiers und Annahme dieser Erklärung durch den Kunden. Diese Erklärung kann sich in dem Rahmen einer allgemeineren Vertragsverbindung einfügen, er kann aber auch vollständig unabhängig von einer sonstigen Vertragsverbindung selbständig bestehen.

Scheckvertrag ist Einlösungsbereitwilligkeit. Es ist begrifflich denkbar, daß diese Bereitwilligkeit schlechthin unbeschränkt erklärt worden ist. In der Praxis wird das kaum vorkommen. Sollte ausnahmsweise der Höchstbetrag nicht in Ziffern angegeben sein — man denke an den Fall, daß ein Bankier seinem Sohne gestattet, die zur Befriedigung seines Lebensunterhaltes kontrahierten Schulden durch Schecks auf ihn zu begleichen — so bilden Angemessenheit und Billigkeit die Grenze, bis zu der Schecks gezogen werden dürfen. Jedenfalls würde der Sohn nicht befugt sein, Schecks in unverhältnismäßig hohen Beträgen auf den Vater zu ziehen.

Die fast ausnahmslose Regel ist die, daß im Scheckvertrage ein Betrag festgesetzt wird, bis zu dem der Bezogene zur Einlösung der Schecks verpflichtet ist. *Diese Ziffer ist das Scheckguthaben.* Das Scheckguthaben ist sonach eine *abstrakte Zahl.* Das Gesetz sagt:

„Als Guthaben ist der Geldbetrag anzusehen, bis zu welchem der Bezogene nach der zwischen ihm und dem Aussteller getroffenen Vereinbarung von dem letzteren ausgestellte Schecks einzulösen verpflichtet ist."

Irgend welche weiteren Elemente sind im Begriffe des Scheckguthabens nicht enthalten. Es ist insbesondere also das Scheckguthaben nicht gleichbedeutend mit einer Forderung des Ausstellers gegen die Bank und noch weniger mit einem Depositum. Andererseits setzt die abstrakte Zahl eine *Causa* voraus. Diese Causa ist das rechtliche Verhältnis zwischen Bank und Aussteller, aus dem die Verpflichtung der Bank zu Leistungen an den Aussteller oder doch für seine Rechnung an Dritte bis zu der Höhe, die das Scheckguthaben angibt, fließt.

Regelmäßig ist die Causa des Scheckguthabens der vom Kunden bei der Bank deponierte Betrag. Es ist aber möglich — und es kommt häufig vor —, daß ein bestimmter Teil des Depositums nicht angegriffen werden darf. Dieser Teil gehört mithin nicht zum Scheckguthaben. Es ist aber auch denkbar, daß die Bank sich bereit erklärt, das Depositum zu überziehen: in diesem Falle ist das Scheckguthaben höher als das Depositenguthaben. Die Causa des Scheckguthabens braucht aber nicht notwendig ein Depositum zu sein. Die Bank kann sich z. B. verpflichten, dem Aussteller in bestimmter Höhe *Kredit* zu gewähren. Die Höhe dieses Kredits ist dann gleichzeitig das Scheckguthaben. Ein solcher Kreditvertrag würde eine Spezies des pactum de mutuo dando sein.

Eine weitere Causa für die Einräumung eines Scheckguthabens wäre Schenkung. Der Bankier X

[3]) Der Scheck S. 127.
[4]) ZHR. 57, 69/70.
[5]) Endemanns Handbuch 3, 1148.
[6]) ZHR. 30, 366 ff.

erklärt sich bereit, einem seiner Verwandten eine monatliche Rente von 300 Mk. zukommen zu lassen und gestattet ihm in dieser Höhe Schecks zu ziehen.

Man erkennt: das Scheckguthaben setzt nicht etwa einen obligatorischen Anspruch des Ausstellers voraus.

Ja es ist sogar denkbar, daß der Aussteller überhaupt für seine Person die Auszahlung eines bestimmten Betrages von der bezogenen Bank nicht verlangen kann. Man nehme an, eine Bank habe sich verpflichtet, einem Bauunternehmer Baugeld zu gewähren, dabei aber zur Bedingung gemacht, daß das Baugeld nicht von dem mittellosen Bauunternehmer selbst abgehoben wird, sondern von den Lieferanten und Bauhandwerkern, denen zu diesem Zweck der Bauunternehmer Schecks auf die Bank auszuhändigen hat.

So kann das viel gestaltete Leben täglich eine neue Causa für Scheckguthaben ausbilden. Zwecklos sowohl wie gefährlich würde es sein, diese verschieden gearteten Fälle in Schablonen zu pressen.

II.

Kein Scheckvertrag ohne Scheckguthaben. Ein Bankier, der sich verpflichtet, die Schecks eines Kunden einzulösen, geht die Verpflichtung stets nur bis zu einer bestimmten Höhe ein. Im Zweifel ist als Scheckguthaben das Depositenguthaben gedacht.

Keine Einlösungspflicht der Bank ohne Scheckguthaben. Natürlich *kann* die Bank einen Scheck auch ohne Scheckguthaben des Ausstellers einlösen. Aber dann tut sie es eben, ohne dazu verpflichtet zu sein.

Der Scheckvertrag kann nun aber die Einlösungspflicht der Bank noch von anderen Bedingungen. als von der Existenz des Scheckguthabens abhängig machen. Denn sowohl der Kunde wie die Bank haben ein erhebliches Interesse daran, daß eine Zahlung auf Grund eines mit der Unterschrift des Kunden versehenen Schecks nur dann erfolgt, wenn einmal der Scheck echt ist, also vom Kunden selbst ausgestellt ist und wenn zweitens der Präsentant zur Erhebung des Scheckbetrages legitimiert ist. Aus diesem Grunde löst die Reichsbank nur solche Schecks ein, die auf den von der Reichsbank den Kunden ausgehändigten Blankettformularen geschrieben sind[7]). Ebenso wird in der Aushändigung der Scheckbücher durch die Banken zwar stets der Abschluß eines Scheckvertrages zu finden sein, aber nur mit der Einschränkung, daß von der Bank lediglich die auf ein Formular geschriebenen Schecks eingelöst werden. Wenn die Bank auf Grund einer gefälschten Unterschrift zahlt, so geht die Zahlung nicht zu Lasten des Ausstellers, sondern es ist der Verlust von der Bank zu tragen. Dadurch, daß die Bank vom Kunden verlangt, seine Schecks auf die von der Bank ihm ausgehändigten Formulare zu schreiben, wird die für die Bank bestehende Gefahr erheblich gemildert. Die Banken erklären ja auch fast sämtlich ihren Kunden bei Abschluß des Scheckvertrages in den gedruckten Bedingungen der Scheckbücher, daß die Kunden alle Nachteile zu tragen haben, die auf nicht sorgfältige Aufbewahrung der Scheckformulare zurückzuführen sind. Ja, es kommt weiter vor, daß die Beschränkung auf Verwendung des Scheckformulars dem Kunden noch nicht genügt und daß er mit der Bank vereinbart, daß von den auf seinen Namen lautenden Schecks nur *die* eingelöst werden sollen, die bestimmte Geheimzeichen tragen. Solche Vereinbarungen schützen sowohl die Kunden wie die Banken.

Vereinbarungen über Verwendung bestimmter Formulare oder über Gebrauch gewisser Geheimzeichen sind Bestandteile des einzelnen Scheckvertrages. Entspricht der konkrete Scheck diesen Vereinbarungen nicht, so ist die Bank zur Einlösung nicht verpflichtet. *Die Folge ist, daß der vom Gesetz dem Scheckinhaber grundsätzlich gewährte direkte Einlösungsanspruch gegen den Bezogenen nicht zur Entstehung gelangt.*

III.

Der Entwurf bestimmt in § 11 Abs. 1:

„Der Bezogene haftet dem Inhaber des Schecks für die Zahlung des Scheckbetrages, soweit er zur Zeit der Vorlegung des Schecks dem Aussteller gegenüber zur Einlösung desselben verpflichtet ist."

Es hat jüngst v. Canstein, der Vorfechter für die Anerkennung des direkten Honorierungsanspruches gegen den Bezogenen, diese Fassung getadelt. Er meint:[8])

„Der Scheck kann und muß vom Scheckvertrage unabhängig und darf bloß von der Voraussetzung des Bestandes eines Guthabens des Ausstellers beim Bezogenen zur Zeit der Präsentation abhängig gemacht werden." Er schlägt vor, die Bestimmung so zu fassen:

„Der Bezogene ist dem Inhaber des (auf einem von ihm ausgefolgten Blankett ausgestellten) Schecks gegenüber verpflichtet, den Scheckbetrag aus dem zur Zeit der Präsentation beim Bezogenen vorhandenen Guthaben des Ausstellers gegen Aushändigung des Schecks zu zahlen."

Aber dieser Vorschlag erscheint auf den ersten Blick undurchführbar. Er berücksichtigt zu stark das Interesse des Scheckinhabers und ignoriert das der Bank und das des Ausstellers. Es kommt

[7]) Vgl. Bestimmungen über den Giroverkehr Ziff. 4: Über sein Guthaben kann der Kontoinhaber in beliebigen Teilbeträgen jederzeit verfügen, aber .... nur durch Schecks auf Formularen, welche ihm die Reichsbank geliefert hat. Verfügungen anderer Art werden nicht beachtet.

[8]) ZHR. 60 S. 165/66, 220.

hinzu, daß die Loslösung der Honorierungsklage vom Scheckvertrage, die die Banken schwer gefährden würde, in Wahrheit für den Honorierungsanspruch nicht von wesentlicher Bedeutung sein würde. Denn weitaus die größere Mehrzahl der Honorierungsklagen dürfte nicht an der Nichteinhaltung der Vereinbarungen des Scheckvertrages scheitern, sondern an dem Mangel eines zur Deckung ausreichenden Guthabens.

Die juristische Konstruktion des Honorierungsanspruches bereitet Schwierigkeiten.

Zunächst erhebt sich die Frage: Gehört zum Grunde des Anspruch nur die Innehabung des Schecks — natürlich die redliche Innehabung — sowie ein entsprechendes Guthaben des Ausstellers im Zeitpunkte der Ausstellung oder auch die Vorlegung? Denn das Gesetz verlangt ja ein Guthaben zur Zeit der Vorlegung. Die natürliche Auffassung führt dahin, daß der Scheckinhaber in dem Zeitpunkte den Anspruch gegen die Bank erwirkt, sobald ein entspechendes Scheckguthaben des Ausstellers besteht. Hat also der Aussteller am Zeitpunkte der Scheckbegebung das Guthaben bei der Bank liegen, so erwirbt der Inhaber mit der Empfangnahme des Schecks auch den Anspruch. Freilich aber bleibt deshalb auch der Aussteller Gläubiger in Höhe des Scheckbetrages: es liegt nicht etwa eine Cession oder ein gesetzlicher Übergang des Anspruches des Ausstellers auf den Schecknehmer vor. Aussteller und Scheckinhaber sind jetzt Gesamtgläubiger. Verfügt der Aussteller über sein Guthaben anderweitig, so erlischt damit der Honorierungsanspruch des Scheckinhabers. Pfändet ein Gläubiger des Ausstellers den Anspruch gegen die Bank, so kann der Scheckinhacker nicht intervenieren. Verfällt der Aussteller in Konkurs, so darf die Bank an den Inhaber nicht mehr zahlen und es steht insbesondere auch dem Inhaber ein Aussonderungsrecht an der Forderung gegen die Bank nicht zu.

Man erkennt, daß dem Honorierungsanspruch ein sehr bedingter Wert für den Scheckinhaber zukommt. Seine Existenz hängt vom guten Willen des Ausstellers ab: durch eine jederzeit mögliche anderweitige Verfügung über das Guthaben erlischt der Anspruch. Noch gefährdeter wird die Stellung des Scheckinhabers, sobald die Präsentationsfrist abgelaufen ist. Während des Laufes der 7tägigen Präsentationsfrist kann der Aussteller nur durch eine effektive Verfügung über das Guthaben dem Honorierungsanspruche die Grundlage entziehen, nach Ablauf der Präsentationsfrist dagegen kann er den Scheck einfach widerrufen[9]). Hier genügt also eine bloße Erklärung des Ausstellers, um den Honorierungsanspruch zum Erlöschen zu bringen. Dagegen hat der bloße Ablauf der Präsentationsfrist keinen unmittelbaren Einfluß auf den Honorierungsanspruch: auch wenn der Inhaber die Präsentationsfrist verstreichen läßt, bleibt er Gläubiger bis zum Widerruf.

Eine besondere Gefährdung des Scheckinhabers tritt noch dann auf, wenn das Scheckguthaben nicht ein Depositum zur Causa hat, sondern einen Kreditvertrag. Ein solcher Kreditvertrag würde seitens der Bank, auch wenn besondere Vereinbarungen fehlen, stets dann widerruflich sein, sobald eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Ausstellers eintritt. Es greift die Bestimmung des § 610 BGB. Platz. Hat also der Aussteller einen Scheck begeben und widerruft vor der Präsentation die Bank ihre Kreditzusage auf Grund der Bestimmung im § 610, so fällt damit das Guthaben des Ausstellers in sich zusammen und dem Honorierungsanspruche ist seine erste und wesentlichste Basis entzogen.

Natürlich aber ist Voraussetzung, daß die Bedingungen für den Widerruf auch tatsächlich vorliegen. Der Scheckinhaber kann sonach den Nachweis erbringen, daß der Widerruf unberechtigt war und aldann ist die Bank zur Einlösung des Schecks verpflichtet.

Eine fundamentale Änderung der Rechtslage tritt ein, sobald der Inhaber den Scheck präsentiert und der Aussteller in diesem Zeitpunkte der Präsentation ein Scheckguthaben bei der Bank besitzt.

Von diesem Zeitpunkte an ist der Scheckinhaber der alleinige Inhaber und er besitzt nunmehr ein unentziehbares Recht auf Einlösung. Wenn also die Bank etwa infolge Differenzen mit dem Aussteller die Honorierung des Schecks ablehnt, obschon in Wahrheit ein Scheckguthaben vorhanden ist, so können spätere Verfügungen des Ausstellers über das Guthaben den Anspruch des Scheckinhabers nicht mehr beeinträchtigen. Verfällt der Aussteller in Konkurs, so bleibt dem Scheckinhaber der einmal begründete Anspruch gegen die Bank. Wird der Anspruch nachträglich von einem Gläubiger gepfändet, so ist der Scheckinhaber zur Interventionsklage berechtigt.

Sollte das Guthaben des Ausstellers zur Zeit der Präsentation den Scheck nicht voll decken, so ist der Inhaber in Höhe des effektiv vorhandenen Guthabens Gläubiger. Immer aber ist Voraussetzung, nicht nur, daß der Aussteller ein Scheckguthaben zur Zeit der Präsentation besitzt, sondern daß auch alle Bedingungen des Scheckvertrages über Ausstellung des Schecks usw. eingehalten sind. Ist das nicht der Fall, so ist der Scheckinhaber auf seine Regreßansprüche gegen den Aussteller und die Giranten beschränkt.

[9]) Geht der Widerruf vor Ablauf der Präsentationsfrist bei der Bank ein, so ist er nicht schlechthin nichtig, sondern er bleibt bis zum Ablauf der Frist in der Wirkung suspendiert. Nach Ablauf tritt er in Wirksamkeit. Vgl. die ausdrückliche Vorschrift in Öster. SchG. § 13.

IV.

Mit der Begebung des Schecks geht der Aussteller eine Verbindlichkeit gegenüber dem Schecknehmer ein: er haftet ihm für die Einlösung scheckmäßig. Die Haftung entspricht durchaus der wechselmäßigen Haftung des Wechselbegebers.

Nun kennt das bürgerliche Recht eine Anzahl Fälle, in denen aus einer Vereinbarung die von den Parteien beabsichtigte Verpflichtung nicht entsteht, das auf Grund des Versprechens Geleistete jedoch nicht zurückgefordert werden kann. Nicht als eine solche Leistung gilt jedoch wiederum die Eingehung einer neuen Verbindlichkeit. Und zwar stellen sich die Gerichte übereinstimmend auf den Standpunkt, daß auch die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit zur Erfüllung eines solchen Versprechens unwirksam ist.

In Frage kommen hier vor allem der Ehemaklerlohn und die Ansprüche aus Spiel und Wette. (§§ 656, 762 BGB.) Weiter die Vorschrift in § 817 BGB. (Ausschluß des Bereicherungsanspruches bei seitiger Unsittlichkeit). Zweifellos entfällt nun auch bei Schecks die Regreßhaft in derartigen Fällen. Denn die Scheckbegebung ist hier nicht anders zu behandeln als die Wechselbegebung.

Wenn also der Spielverlust vom Verlierenden durch Scheck beglichen wird, so haftet der Aussteller dem Gewinner nicht für die Einlösung des Schecks. Und das Gleiche gilt, wenn dem Ehemakler zur Erfüllung des Versprechens ein Scheck vom Versprechenden ausgehändigt wird.

Nun taucht aber eine weniger sichere zu beantwortende Frage auf: wie steht es in solchen Fällen mit dem Honorierungsanspruche des Schecknehmers gegen die Bank?

Man wird sagen müssen: der Nehmer eines Spielschecks erwirbt ebenso den Honorierungsanspruch wie jeder andere Schecknehmer. Die Bank kann sonach die Einlösung nicht unter Berufung auf den Spielcharakter der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Schuld ablehnen.

Die Zweifel beginnen erst bei der Frage der Anwendbarkeit des § 21 des E. auf derartige Fälle. Darnach haftet der Aussteller unter der Voraussetzung der Einhaltung der Vorlegungsfrist dem Inhaber für den aus der Nichteinlösung entstehenden Schaden, wenn er entweder:

1. bei Begebung der Schecks wußte, oder ohne grobes Verschulden wissen mußte, daß ihm zu dieser Zeit ein Guthaben, welches zur Einlösung des Schecks und der von ihm auf denselben Bezogenen etwa begebenen anderen Schecks ausreicht, bei dem Bezogenen nicht zustand oder
2. nach Begebung des Schecks über das Guthaben in der Absicht verfügt hat, die Einlösung zu vereiteln.

Tritt diese Haftung auch dann ein, wenn der Aussteller gemäß den Bestimmungen 656, 762 aus dem Scheck selbst nicht haftet?

Man denke den Fall: Der Aussteller hat zur Deckung seines Spielverlustes dem Gewinner einen Scheck gegeben und hebt unmittelbar nach der Scheckbegebung zum Zwecke der Vereitelung sein Guthaben bei der bezogenen Bank ab.

Die Frage ist zu verneinen. Denn der Schadenersatzanspruch aus § 21 würde in einem solchen Falle einen Schadenersatzanspruch wegen Nichtzahlung einer Spielschuld darstellen. Es würde nicht richtig sein, wenn man argumentieren wollte: Die Scheckbegebung ist eine Leistung; wenn auch der Spielschuldner selbst aus diesem Scheck dem Gewinner nicht haftet, so haften ihm doch etwaige Vormänner und ebenso hafte ihm die Bank und diese Haftung dürfe der Aussteller nicht durch Abhebung des Guthabens illusorisch machen. Dieser Schluß ist unrichtig. Denn wenn auch der Scheckinhaber einen direkten Anspruch gegen die bezogene Bank hat, so ist doch erst die Zahlung aus dem Guthaben eine Erfüllung der Spielschuld. Ebenso wie der Spielgläubiger sich nicht darüber beschweren kann, daß der Spielschuldner selbst nicht zahlt, so kann er sich auch nicht darüber beschweren, daß er die versprochene Zahlung durch Dritte vereitelt.

Noch viel selbstverständlicher ist der Ausschluß der Haftung nach § 21, wenn der Nehmer der Scheck auf Grund eines nichtigen — z. B. unsittlichen — Vertrags vom Aussteller erhalten hat oder wenn der Vertrag wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung auf Seiten des Ausstellers anfechtbar ist und angefochten wird. Der Remittent, der ja in solchen Fällen sine causa im Besitze, des Schecks ist, hat keinen materiellen Anspruch auf den Scheckbetrag und er erleidet daher durch die Verfügung des Ausstellers über das Guthaben auch keinen Schaden.

V.

Wie steht es in solchen Fällen mit dem Schadenersatzanspruche des gutgläubigen dritten Schecknehmers?

Man denke den Fall: Der Remittent R. hat den Aussteller A. auf Grund eines wucherischen Vertrages zur Ausstellung des Scheckes veranlaßt, oder er hat ihn durch betrügerische Vorspiegelungen zur Scheckbegebung bewogen. Er löst den Scheck aber nicht selbst ein, sondern gibt ihm dem gutgläubigen J. weiter. A. hebt in der Absicht, dem R. die Einlösung des Schecks unmöglich zu machen, sein gesamtes Guthaben bei der Bank ab.

Zweifellos ist, daß er dem J. im Scheckregreß haftet. Denn er kann sich nach § 17 Abs. 2 des Entwurfs gegenüber dem J. nur solcher Einreden bedienen, die aus dem Scheck selbst fließen, oder

die ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

Haftet er aber daneben auch wegen der Verfügung über das Guthaben auf Schadenersatz?

Es läßt sich die bejahende Ansicht begründen und ebenso die verneinende Ansicht. Es sind aber auch zwei vermittelnde Auffassungen denkbar.

1. Die bejahende Ansicht läßt sich auf den Wortlaut des § 21 Ziff. 2 stützen. Die hier aufgestellten Erfordernisse — Verfügung über das Guthaben nach Begebung des Schecks und die Absicht die Einlösung zu vereiteln — sind erfüllt.

2. Demgegenüber kann man aber darauf hinweisen, daß dem Aussteller doch nicht zugemutet werden kann, den Betrag bei der Bank stehen zu lassen, damit ihn der Wucherer oder der Betrüger abheben kann. Denn schließlich weiß doch der Aussteller gar nicht, ob der Wucherer den Scheck weiter begeben wird. Der Wucherer selbst kann ja Schadenersatzansprüche aus § 21 nicht gegen den Aussteller erheben. Man könnte daher argumentieren: der Aussteller hat in einem solchen Falle ein Recht darauf, die Einlösung des Schecks durch den Remittenten zu vereiteln und diese berechtigte Abhebung muß auch der gutgläubige Indossant gegen sich gelten lassen.

3. Oder man könnte deduzieren: Der Schadenersatzanspruch nach § 21 Ziff. 2 ist eine Surrogat des Honorierungsanspruches gegen die Bank. Diesen Honorierungsanspruch hat der Indossant nur dann, wenn er den Scheck zu einer Zeit erhalten hat, zu der der Aussteller noch ein Guthaben bei der Bank gehabt hat. Es würde alsdann der Aussteller dem gutgläubigen Indossanten auf Schadenersatz haften, wenn er über sein Guthaben nach der Begebung des Schecks an den Indossanten verfügt hat, dagegen nicht, wenn die Verfügung noch in die Zeit fällt, in der der Wucherer Inhaber des Schecks war.

4. Eine letzte Auffassung könnte schließlich die Ansicht unter 3 modifizieren und den Schadenersatzanspruch den gutgläubigen Indossanten dann gewähren, wenn der Aussteller nachdem er von Scheckbegebung an den gutgläubigen Indossanten erfahren hat, über sein Guthaben verfügt hat.

Von diesen vier Ansichten muß m. E. die erste ohne Weiteres ausscheiden. Der Aussteller hat ein Recht darauf, dem Wucherer oder dem Betrüger die Möglichkeit abzuschneiden sich aus dem Scheck zu befriedigen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er ruhig zusehe, wie der Remittent zum Bankhause geht und den Scheck einkassiert.

Ebenso ist nicht annehmbar die dritte Ansicht, wonach lediglich die Tatsache des Zeitpunktes der Abhebung über Existenz oder Nichtexistenz des Schadenersatzanspruches entscheiden soll. Ist der Aussteller der Ansicht, daß der Scheck sich noch in den Händen des Ausstellers befindet, so muß man ihm die Befugnis zur Abhebung zubilligen, gleichgültig ob seine Annahme zutrifft oder nicht.

Es kann sich daher nur fragen, ob der Aussteller in jedem Falle von seiner Schadenersatzpflicht frei wird, oder ob nur der eine Fall auszunehmen ist, daß er vor der Abhebung von der Begebung des Schecks an einen gutgläubigen Indossanten Kenntnis erlangt hat. Meiner Ansicht nach ist die letztere Ansicht allein die richtige. Solange der Aussteller noch nicht weiß, daß der Remittent den Wechsel weiter begeben hat, solange er also noch mit der Möglichkeit rechnen darf, daß der Remittent selbst den Scheckbetrag erheben werde, solange handelt er nicht schuldhaft, wenn er die Einlösung vereitelt. Denn wenn auch § 21 ein Verschulden des Ausstellers nicht ausdrücklich erwähnt, so ist es doch wohl stillschweigend vorausgesetzt. Jedenfalls darf man eine Schadenersatzpflicht dann nicht bejahen, wenn der Aussteller über das Guthaben in der Absicht verfügt hat, dem materiell nicht Berechtigten die Einlösung zu vereiteln. Ist mithin auch inzwischen der Scheck vom Remittenten weiter begeben, ohne daß der Aussteller hiervon etwas erfahren hat, so muß der gutgläubige Indossant die Berechtigung der Abhebung gegen sich gelten lassen.

Anders, sobald der Aussteller von der Weiterbegebung an einen gutgläubigen Dritten Kenntnis erhalten hat. Jetzt weiß er, daß er durch eine Abhebung des Guthabens nicht mehr die Einlösung durch den materiell Nichtberechtigten vereitelt, sondern daß er den Honorierungsanspruch des gutgläubigen Dritten illusorisch macht, also den materiell Berechtigten schädigt. Alsdann ist die Sachlache nicht anders zu beurteilen, als wenn die Ausstellung des Schecks nicht an einem rechtlichen Mangel gelitten hätte. Er haftet daher in diesem Falle dem gutgläubigen Indossanten wegen späterer Verfügung über das Guthaben auf Schadenersatz.

Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Scheckbegebungsvertrag nicht nichtig oder anfechtbar ist, sondern die Fälle der §§ 656, 762 vorliegen. Sobald der Aussteller von der Weiterbegebung des Schecks an einen gutgläubigen Dritten erfährt, darf er die Einlösung nicht mehr vereiteln. Tut er es trotzdem, so ist er dem Indossanten nach § 21 ersatzpflichtig.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895.

B. Tarif.

Nr. 24. **Tarifst. 36 (Leibrentenstempel).** Ein Leibrentenvertrag im Sinne der Tarifst. 36 liegt dann vor, wenn der Erwerb der Rente den Hauptzweck und Hauptgegenstand des Vertrages bildet.

Urt. des VII. ZivSen. vom 28. Sept. 1906. 629. 05.

Eine Witwe hatte mit ihrem verheirateten, kinderlosen Sohne einen als „Erbverzicht und Leibrentenvertrag" bezeichneten Vertrag geschlossen, in welchem der Sohn auf sein gesetzliches Erbrecht am Nachlasse seiner Mutter und auf sein Erbrecht und jeden Anspruch aus dem gemeinschaftlichen Testamente seiner Eltern hinsichtlich des mütterlichen Nachlasses sowie auf jeden anderen Anteil und jede Zuwendung aus dem Nachlasse seiner Mutter verzichtete. Statt dessen sollte er nach dem Vertrage, so lange seine Mutter lebte, eine bestimmte jährliche lebenslängliche Rente erhalten, die sich vom Tode der Mutter ab erhöhte. Falls er vor seiner Frau sterben sollte, sollte diese eine bestimmte jährliche, lebenslängliche Rente erhalten. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß dieser Vertrag einen Leibrentenvertrag im Sinne der Tarifst. 36 darstelle, wurde vom RG. gebilligt aus folgenden Gründen.

Die Tarifst. 36 unterwirft einer Stempelabgabe: „Leibrenten- und Rentenverträge, wodurch zu gewissen Zeiten wiederkehrende Zahlungen von Geld für eine oder mehrere bestimmte Personen während der Lebensdauer derselben oder auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt erworben werden, mag die Gegenleistung in einer bestimmten Geldsumme . . . . oder aber in dem Aufgeben von Rechten bestehen . . . ." Faßt man lediglich den Wortlaut dieser Vorschrift ins Auge, so müßten der Tarifstelle ausnahmslos alle entgeltlichen Verträge unterstellt werden, bei denen auf der einen Seite die Gewährung einer Rente für sich allein oder neben anderen Gewährungen den Gegenstand der Leistung bildet. Die Voraussetzungen für die Erhebung des Leibrentenstempels wären hiernach dann stets vorhanden, wenn jemand einen anderen zu dauernden Dienstleistungen annimmt und ihm dabei eine in monatlichen Teilzahlungen zu gewährende Geldvergütung verspricht, oder wenn bewegliche Sachen oder Grundstücke gegen eine Jahresrente veräußert werden. Derartige Verträge werden aber nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs im gegebenen Falle vielfach nicht als Rentenverträge, sondern als Dienstverträge oder Veräußerungsverträge aufgefaßt, nämlich dann, wenn die Beschaffung der Dienstleistungen oder der Umsatz der beweglichen Sachen oder Grundstücke von den Vertragschließenden als der Hauptzweck des Geschäfts, der zu seinem Abschlusse den Anstoß gegeben hat, angesehen wird und die Gewährung der Rente nur das Mittel ist, durch das jener Zweck erreicht werden soll. Es entsteht daher die Frage, ob solche Verträge nach der Tarifst. 36 als Rentenverträge oder nach der Tarifst. 71 Ziff. 2 oder 32 als Dienstleistungsverträge oder lästige Veräußerungsverträge zu versteuern sind. Dabei kommt noch in Betracht, daß die letztgenannten Verträge in gewissen Fällen vom Stempel befreit sind, z. B. Dienstleistungsverträge nach Tarifst. 71[2] Befr. zu b. dann, wenn der Jahresbetrag der als Gegenleistung vereinbarten Rente 1500 Mk. nicht übersteigt und Veräußerungen von Sachen dann, wenn diese von Aszendenten an Deszendenten übertragen werden. Für die Frage, wie solche Verträge, falls sie ein einheitliches Geschäft darstellen, zu versteuern sind, ist aus dem Gesetz, insbesondere aus dem § 10 daselbst, nichts zu entnehmen; die dort gegebenen Vorschriften treffen die bezeichneten Fälle, in denen dasselbe einheitliche Geschäft gleichzeitig den Tatbestand verschiedener Tarifstellen erfüllt, nicht. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß auf solche Verträge stets die Vorschrift der Tarifst. 36, als die engere Gesetzesbestimmung, anzuwenden sei. Sie ist gegenüber der Tarifst. 32, welche nur die Veräußerung von Sachen und dauernden Rechten umfaßt, nicht eine engere, denn sie trifft auch Verträge, bei denen Forderungsrechte oder Handlungen den Gegenwert für die Rente bilden. Gegenüber der Tarifst. 71[2] stellt sich zwar die Vorschrift der Tarifst. 36 als die engere Bestimmung dar; daß aber nach der Meinung des Gesetzgebers Verträge, in denen gegen eine andere Leistung zu gewissen Zeiten wiederkehrende Zahlungen versprochen werden, nicht stets unter die Tarifst. 36 fallen sollen, sondern unter Umständen nach Tarifst. 71[2] zu versteuern sind, ergibt sich schon aus der oben angeführten Befreiungsvorschrift der Tarifst. 71[2].

Einen Anhaltspunkt für die Bemessung der Tragweite der Tarifst. 36 gibt aber ihr Wortlaut doch insofern, als danach für den Begriff des Rentenvertrages die Art des für die Rente gewährten Entgelts ohne Bedeutung ist und als das für den Vertrag Charakteristische gerade der Erwerb der Rente hingestellt wird. Der hauptsächliche Vertragszweck wird also darin gefunden, daß dem einen Vertragsteilnehmer Geld gerade in der Form zu gewissen Zeiten wiederkehrender Zahlungen zugewendet werden soll. Dies Unterscheidungsmerkmal gehört zwar dem Gebiete des wirtschaftlichen Lebens an; denn rechtlich betrachtet sind bei einem gegenseitigen Vertrage die einander gegenüberstehenden Leistungen gleichwertig; jede Leistung ist zugleich die Gegenleistung der anderen. Daß aber gerade auf dem Gebiete des Stempelrechts die Art der Besteuerung sich häufig nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten regelt, ist, insbesondere für den Bereich des Gesellschaftsrechts, in der Begründung zum StempStG. v. 31. 7. 95 und mehrfach auch vom RG. anerkannt.

In dem vorstehend erörterten Sinne ist der Begriff des stempelpflichtigen Rentenvertrags auch von der Finanzverwaltung stets aufgefaßt worden, und zwar schon unter der Herrschaft des StempStG. v. 7. 3. 1822, das ebenso wie das jetzige Gesetz den entgeltlichen Erwerb von „Leibrenten" mit eins vom Hundert des Kapitalwerts der Rente besteuerte. Die Verwaltung erhob den Leibrentenstempel dann, wenn die Hauptabsicht der Parteien bei dem Vertragsschlusse dahin ging, der einen von ihnen eine Rente zu verschaffen. Die Auffassung wurde für das frühere Stempelrecht gebilligt durch die Rechtsprechung, die das Vorhandensein eines stempelpflichtigen Vertrages verneinte, wenn der Hauptgegenstand des Vertrages nicht in der Beschaffung der Rente, sondern wie beim Abkommen über die Leistung von Diensten gegen Gehalt und Pension, in Handlungen bestand (Erkenntnis des OTr. v. 30. 9. 72 Entsch. 68, S. 79, 86, Urt. des RG. v. 3. 3. 81, Gruch. 25, 983; vgl. auch das Urt. des RG. v. 19. 1. 92 JW. 1892, 106, Nr. 37, das den Unterschied des Alimentationsvertrags vom Kaufvertrage erörtert). Dafür, daß an diesem festen Rechtszustande durch das neue StemStG. v. 13. 7. 95 hätte geändert werden sollen,

ergibt dessen Entstehungsgeschichte keinen Anhalt. Auch in der Literatur wird übereinstimmend das Unterscheidungsmerkmal für den Rentenvertrag im Sinne des Stempelrechts darin gefunden, daß die Beschaffung der Rente den Hauptgegenstand des Vertrags bildet (Rehbein in Entsch. des OTr. 2, 173 bis 175 Fußnote Hummel und Specht, Kommentar zum StempStG. S. 869/870, Anm. 9, Heinitz, Kommentar 2. Aufl. S. 467). Demgegenüber kann es nicht entscheidend sein, daß für das Gebiet des Zivilrechts nach dem BGB. Enius (Gruchot 45, 11 ff.) einen Dienstvertrag mit Pensionsabrede als einen Leibrentenvertrag ansieht und den für den letzteren geltenden Form vorschriften unterwerfen will.

Es mag im einzelnen Fall tatsächlich schwierig sein, festzustellen, ob der Erwerb einer Rente als Hauptgegenstand eines Vertrages angesehen werden kann. Daran aber, daß letzteres zutrifft, kann ein Zweifel nicht bestehen, wenn der Berufungsrichter, wie im vorliegenden Falle, festgestellt hat, daß für beide Vertragsteile der Erwerb der Rente durch den Sohn der Hauptgegenstand des Vertrages war. Diese dem Bereiche des Tatsächlichen angehörige und deshalb für den Revisionsrichter bindende Feststellung entspricht übrigens völlig den Umständen. Daß H. Schl. nicht ein besonderes Interesse daran haben konnte, auf das Erbrecht nach seiner Mutter zu verzichten, wohl aber daran haben mußte, sich und seiner Ehefrau eine schon bei Lebzeiten seiner Mutter zu zahlende hohe Rente zu sichern, liegt auf der Hand. Offenbar war aber auch der Hauptzweck der Mutter bei dem Vertragschluß dahin gerichtet, die wirtschaftliche Zukunft ihres verschuldeten und zur selbständigen Verwaltung größerer Kapitalbeträge nicht befähigten, kinderlosen Sohnes zu sichern, dabei aber zu verhindern, daß nach dessen Tode ihr Vermögen an die Familie seiner wider den Willen der Mutter geheirateten Ehefrau fiel. Dieser doppelte Zweck konnte am besten durch Gewährung einer Rente erreicht werden.

* * *

Nr. 25. **Tarifst. 36. (Leibrentenstempel).** Ein zwischen Eheleuten geschlossener Vertrag (Vergleich), in welchem der Ehemann für den Fall, daß der zwischen ihnen schwebende Ehescheidungsprozeß zur Trennung der Ehe führen würde, seiner Frau, gleichviel, ob sie für den schuldigen Teil erklärt werden sollte oder nicht, auf Lebenszeit eine bestimmte Rente zusichert, wogegen sie für diesen Fall auf alle sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüche verzichtet, ist ein Leibrentenvertrag im Sinne der Tarifst. 36.

Urt. des VII. ZivSen. vom 26. Mai 1905. 607. 04.

In dem Vergleiche sind die Beziehungen der Ehegatten für den Fall ihrer Scheidung geregelt. Der Ehefrau ist eine Jahresrente von 4000 Mk. auf Lebenszeit zugesichert. Sie kommt nur während der Dauer der Ehe mit einer bestimmten Person in Wegfall und ist im übrigen zu entrichten, gleichviel ob die Ehefrau für den schuldigen Teil erklärt wird oder nicht. Es ist also nicht ein der Frau gesetzlich zustehendes Recht durch Vereinbarung näher ausgestaltet und fest begrenzt worden, da ihr ein Recht auf Unterhalt nach Maßgabe der §§ 1578, 1580 BGB. nur zusteht, sofern der Mann allein für schuldig erklärt wird. Vielmehr gewährt ihr der Vergleich ein selbständiges, von der Entscheidung der Schuldfrage unabhängiges Recht auf den Bezug einer Jahresleistung. Dieses Recht ist ihr nicht ohne Entgelt eingeräumt worden. Sie hat gegen Gewährung der Rente und gegen Übernahme weiterer, hier nicht interessierender Verpflichtungen seitens ihres Ehemannes auf alle sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüche verzichtet, und dieser Verzicht ist nicht lediglich die notwendige Folge der Annahme der Rente. Will man die Gegenleistung für das Rentenversprechen nicht schon daran finden, daß die Ehefrau ihr Recht, standesmäßigen Unterhalt zu fordern, aufgegeben hat, so konnte sie doch ohne das Abkommen mit ihrem Ehegatten beim Vorliegen wichtiger Gründe statt der Rente eine Abfindung in Kapital verlangen (§ 1580 Abs. 2 BGB.). Dieses Rechtes, das ihr neben und außer dem Rentenanspruche, wenn auch ihn ausschließend, zustand, hat sie sich zufolge des erklärten allgemeinen Verzichts begeben und darin liegt jedenfalls ein Entgelt, wie es die Tarifst. 36 fordert, nämlich die Aufgabe eines Rechtes, die sich ohne den Verzicht nicht von selbst verstand.

Den entwickelten Standpunkt hat der erkennende Senat bereits in dem Urteile v. 12. 5. 03 (759. 03) vertreten, das freilich einen dem ALR. angehörenden Fall betraf, ohne daß dies jedoch einen grundsätzlichen Unterschied begründet (vgl. auch Hummel-Specht, Kommentar Ziff. 12 zu Tarifst. 36 und Anm. 29). Soweit in dem früheren Urteile vom 19. 5. 99 (JW. 428[12], Gruch. 43, 1134) eine abweichende Auffassung zum Ausdrucke gelangt ist, ist sie nicht mehr aufrecht erhalten. Bei dem dort angeführten Urteile des IV. Senats v. 10. 2. 98 handelte es sich um einen nach rechtskräftiger Scheidung geschlossenen Auseinandersetzungsvertrag, der jedenfalls unter der Herrschaft des früheren Rechtes einer abweichenden Beurteilung unterlag (Hummel-Specht a. a. O.)

* * *

Nr. 26. **Tarifst. 45 (Notariatsurkunden).** Im Sinne dieser Tarifstelle ist Notariatsurkunde nur die Urschrift nicht die Ausfertigung der Urkunde.

Urt. des VII. ZivSen. vom 5. Oktober 1907. 11. 06.

S. oben Nr. 12, S. 108*).

* * *

Nr. 27. **Tarifst. 48 (Pacht- und Mietverträge).** Ein Vertrag, in welchem für eine Gebrauchsüberlassung kein Entgelt vereinbart, sondern nur eine Anerkennungsgebühr zu dem Zweck festgestellt ist, um zum Ausdruck zu bringen, daß die Gebrauchsüberlassung bittweise erfolgt und jederzeit widerruflich sei, unterliegt nicht der Tarifst. 48, sondern der Tarifst. 71[2].

Urt. des VII. ZivSen vom 30. Oktober 1906. 17. 06.

Die Eisenbahnverwaltung hatte in einem schriftlichen Vertrage einer Stadtgemeinde die Verlegung eiserner Zuflußleitungen der städtischen Wasserleitungsanlage in drei Wegeunterführungen mit Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs

*) Es muß dort heißen „verdienen" keine Billigung, statt „verneinen".

gestattet. Die Stadtgemeinde hatte ihrerseits sich verpflichtet, für jede der drei Rohranlagen eine jährliche Anerkennungsgebühr von drei Mark zu zahlen. Die Stadtgemeinde war der Ansicht, daß hier ein Mietvertrag vorliege, da die Anerkennungsgebühr ein Entgelt für die Gebrauchsüberlassung darstelle, daß dieser Mietvertrag aber nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen im gegenwärtigen Falle stempelfrei sei. Das Berufungsgericht erklärte dagegen, der Vertrag trage nicht den Charakter eines Mietvertrages, da die Anerkennungsgebühr nicht als Entgelt für die Überlassung des Gebrauchs der Wegunterführungen vereinbart sondern nur deshalb ausbedungen sei, um die Rechte des Eisenbahnfiskus zu sichern und darzutun, daß es sich um eine bittweise, jederzeit widerrufliche Gebrauchsüberlassung handle, der Vertrag falle demnach, da § 4a des StempG. keine Anwendung finde, unter die Tarifst. 71a. Die Stadtgemeinde machte in der Revisionsinstanz von neuem ihre gegenteilige Auffassung geltend. Das RG. erachtete aber die Vertragsauslegung des Berufungsrichters bedenkenfrei für und demnach die Anwendung der Tarifst. 71a für gerechtfertigt.

* * *

Vorbemerkung zu Tarifst. 56 (Schenkungen unter Lebenden). Durch das seit dem 1. Juli 1906 in Geltung befindliche Reichserbschaftssteuergesetz v. 3. 6. 06, welches in den §§ 55, 56 auch die Schenkungen unter Lebenden der Reichssteuer unterwirft, ist die Tarifst. 56 des preußischen Stempelgesetzes fast ganz*) außer Kraft gesetzt worden. Die Wiedergabe der auf die Tarifst. 56 bezüglichen Entscheidungen hat daher aus diesem Grunde Einschränkungen erfahren. Der Unterschied zwischen dem preuß. Stempelgesetz und dem Reichserbschaftssteuergesetz in Ansehung der Schenkungen ist, abgesehen von anderen Punkten, auch insofern ein erheblicher, als, wenigstens nach der Auffassung des Reichsgerichts, das preußische Stempelgesetz einen besonderen, stempelrechtlichen, mit dem Schenkungsbegriff des bürgerlichen Rechts nicht zusammenfallenden Begriff „Schenkungen unter Lebenden" aufgestellt hatte, während der Begriff der „Schenkungen unter Lebenden" in den §§ 55, 56 des Reichserbschaftssteuergesetzes sich ausschließlich nach dem BGB. bestimmt.

*) Aus den §§ 60, 59, 11 (Nr. 4a bis e) und 10 (I, 1, II, 5, 6) des Reichserbschaftssteuergesetzes in Verbindung mit dem Tarif des preußischen Erbschaftssteuergesetzes, der die maßgebenden Bestimmungen über persönliche Befreiungen und Ermäßigungen hinsichtlich des Schenkungsstempels enthält, ergibt sich, daß für einige, wenige Fälle die Tarifst. 56 ihre Geltung nicht etwa vorübergehend, sondern dauernd behalten hat.

* * *

Nr. 28. Tarifst. 56 (Schenkungen unter Lebenden). Der stempelrechtliche Begriff der den Gegenstand der Tarifst. 56 bildenden Schenkungen unter Lebenden, fällt nicht zusammen mit dem Schenkungsbegriff des bürgerlichen Rechts. Das Stempelgesetz stellt vielmehr einen besonderen, für die Besteuerung allein maßgebenden Begriff im Abs. 2 der Tarifst. auf. Danach sind als Beurkundungen von Schenkungen alle Schriftstücke über solche Geschäfte anzusehen, bei denen die Absicht auf Bereicherung des einen Teils gerichtet war, auch wenn das Geschäft in der Form eines lästigen Vertrages abgeschlossen ist; bei der Feststellung, ob eine solche Absicht vorlag, sind auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände in Betracht zu ziehen.

Urt. des VII. ZivSen. vom 3. Januar 1905. 253. 04.

* * *

Nr. 29. Tarifst. 56 (Schenkungen unter Lebenden). Für die Stempelpflicht nach Tarifst. 56 ist nicht erforderlich, daß die Bereicherungsabsicht aus der Urkunde selbst hervorgehe, und ebensowenig, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärung an den zu Bereichernden gerichtet ist. Dem Schenkungsstempel unterliegt vielmehr auch ein Schriftstück, in dem einem Dritten gegenüber*), ein Forderungsrecht für den zu Bereichernden als den Gläubiger begründet wird.

Urt. des VII. ZivSen. vom 30. Oktober 1906. 9. 06.

* * *

Nr. 30. Tarifst. 56 (Schenkungen unter Lebenden). Die beurkundete Bestätigung einer Schenkung unterliegt der Tarifst. 56 in gleicher Weise, wie die beurkundete Schenkungserklärung selbst.

Urt. des VII. ZivSen. vom 28. März 1905. 399. 04.

Eine Dame ließ durch ihren Sohn dem Bürgermeister einer Stadt eine größere Summe Geldes als Geschenk an die Stadt überreichen mit der Bestimmung, daß die Zinsen als Stipendium an einen Studenten verteilt werden sollten, sowie mit der Bitte, ein Statut für die Stiftung aufzustellen und dieses ihr zur Genehmigung zu übersenden. Letzteres geschah, die Stifterin sandte darauf den Statutenentwurf an den Bürgermeister mit einem Schreiben zurück, in welchem außer einem Dank für die Übersendung des Entwurfs nichts anderes enthalten war, als nur die Erklärung, daß sie mit dem Entwurf des Statuts einverstanden sei. Die Stempelbehörde sah in diesem Schreiben die stempelpflichtige Beurkundung einer Schenkung und

*) Im vorliegenden Falle handelte es sich um die einer Versicherungsgesellschaft gegenüber abgegebene Erklärung, daß die versicherte Rente einer bestimmten Person zukommen sollte.

fand für diese Auffassung die Zustimmung sämtlicher Instanzen. Der Berufungsrichter führte aus: Die Schenkung sei unter einer Auflage erfolgt und deshalb (nach den hier in Betracht kommenden Bestimmungen des ALR.) für die Schenkgeberin unverbindlich gewesen, falls der der Auflage zugrunde liegende Zweck, nämlich der Verwendung der Zinsen als Stipendium nicht erfüllt worden wäre. Indem die Schenkgeberin ihr Einverständnis mit der im Statut geregelten Art der Erfüllung dieses Zweckes durch ihr Schreiben ausgesprochen habe, habe sie erklärt, daß sie unter der Voraussetzung der Ausführung des Statuts von dem ihr bei Nichterfüllung des Zweckes zustehenden Rückforderungsrecht kein Gebrauch machen wollte, das heiße, daß sie die Schenkung aufrecht erhalte. Das RG. erachtete diese Ausführungen in rechtlicher Beziehung für zutreffend, in tatsächlicher für unangreifbar und fügte nur hinzu, es könne nicht zweifelhaft sein, daß das in Frage stehende Schreiben gegen die Schenkgeberin als Beweismittel für die erfolgte Schenkung verwendet werden könne. Daß auch die Bestätigung einer Schenkung der Tarifst. 56 unterliege, sei, so bemerkte das RG., anerkannten Rechtens.

* * *

Nr. 31. Tarifst. 56 (Schenkungen unter Lebenden).

1) Die unentgeltliche Veräußerung eines wertlosen Gegenstandes unterliegt, da sie mangels einer Bereicherung keine Schenkung darstellt, nicht der Tarifst. 56 sondern der Tarifst. 71. 2) Die jemandem durch einen anderen gegebene Möglichkeit, sich durch vertragswidriges Handeln einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist keine Bereicherung im Sinne des Gesetzes.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. November 1905. 01. 05.

Der Inhaber einer fürstlichen Herrschaft hatte mehreren seiner Beamten, um sie für die Gemeindevertretung eines bestimmten Ortes wählbar zu machen, in schriftlichen Verträgen das Eigentum einiger, ihm gehörigen, in diesem Gemeindebezirk belegenen Grundstücke übertragen und sie ihnen aufgelassen. In den Verträgen war aber bestimmt, daß die Verwaltung und Nutzung, sowie die Abgaben der Grundstücke dem Fürsten verblieben, daß die Erwerber und deren Erben verpflichtet seien, die Grundstücke jederzeit an den Fürsten oder dessen Erben zurückaufzulassen, daß die Erwerber nur das bloße Eigentumsrecht an den Grundstücken erhalten sollten und daß eine Bereicherung derselben nicht beabsichtigt sei. Die vom Fiskus vertretene Ansicht, daß diese Verträge dem Schenkungsstempel unterlägen, wurde vom Berufungsgericht und RG. mißbilligt. Die bezüglichen Ausführungen des reichsgerichtlichen Urteils lauten, wie folgt:

Es handelt sich allein um die Frage, ob auf die im Tatbestande bezeichneten Verträge der Schenkungsstempel der Tarifst. 56 oder nur der allgemeine Vertragsstempel nach Tarifst. 71[2] anzuwenden ist; denn darüber, daß die Heranziehung der Tarifst. 32 ausgeschlossen ist, besteht zwischen den Parteien kein Streit mehr und konnte solche auch ernstlich nicht in Frage kommen.

Zur Anwendung der Tarifst. 56 ist erforderlich, daß bei dem Geschäft die Absicht auf Bereicherung des einen Vertragsteiles gerichtet ist. Richtig ist nun die Bemerkung des Berufungsrichters, daß die von den Parteien selbst im Vertrage dahin abgegebene Erklärung, die Bereicherung des Grundstückserwerbers werde nicht beabsichtigt, ohne Gewicht sein würde, wenn aus den anderen Vertragsbestimmungen sich dennoch das Vorhandensein der Bereicherungsabsicht ergäbe. Allein ebenso zutreffend ist die weitere Ausführung des Berufungsrichters, daß die übrigen Vertragsbestimmungen mit jener Erklärung in Einklang stehen. Daß dem so ist, folgt ohne weiteres aus der Tatsache, daß durch sie objektiv jede Bereicherung der Erwerber ausgeschlossen ist. Der Kläger behält danach nicht nur die Verwaltung und jede Nutzung der Grundstücke, sondern die Erwerber dürfen auch die Grundstücke weder veräußern noch belasten und müssen sie jederzeit auf Verlangen an den Kläger zurückauflassen; auch ihre Erben können sie nicht behalten, sondern müssen sie dem Kläger wieder überlassen. Damit ist aus dem den Erwerbern überlassenen Eigentum der Grundstücke vorher jeder Vermögenswert ausgeschöpft; sie empfangen nichts als das nackte Eigentum. Das enthält für sie aber keine Vermögensmehrung und keine Bereicherung. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die Beobachtung ihrer Verpflichtungen nicht durch Eintragung in das Grundbuch, selbst soweit dies möglich wäre, dinglich gesichert ist, sondern daß ihre Beschränkungen und Verbindlichkeiten nur obligatorischer Natur sind. Allerdings haben sie, weil sie grundbuchmäßig unbeschränkte Eigentümer der ihnen überlassenen Grundstücke sind, dem Kläger gegenüber die tatsächliche, undanderen Personen gegenüber die rechtliche Möglichkeit, über die Grundstücke zu verfügen und sie zu ihrem Vorteile zu verwenden; allein dies können sie nur tun, wenn sie vertragsbrüchig und damit rechtswidrig handeln. Die Möglichkeit, durch vertragswidriges Handeln sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, kann aber für das Recht nicht als eine Bereicherung desjenigen, dem solche Möglichkeit gegeben ist, in Betracht kommen. Wollte man aber selbst hierin eine Bereicherung erblicken, so kann selbstverständlich die Absicht der Parteien, insbesondere des Klägers auf eine solche nicht gerichtet gewesen sein.

Da hiernach die Anwendung der Tarifst. 56 ausgeschlossen ist, bleibt nur diejenige der Tarifst. 71[2] übrig. Hieran ist nichts Auffälliges. Die unentgeltliche Veräußerung eines vermögensrechtlich wertlosen Gegenstandes kann, da sie mangels der Bereicherung keine Schenkung darstellt, und andere Sondervorschriften nicht bestehen, nur unter die allgemeine Bestimmung der Tarifst. 71[2]. fallen.

* * *

Nr. 32. Tarifst. 56 (Schenkungen unter Lebenden).

Wesen der Schenkung unter einer Auflage. Unterschied von der sogenannten gemischten Schenkung, d. h. einem teils aus einer Schenkung, teils aus einem entgeltlichen Veräußerungsgeschäft bestehenden Rechtsgeschäft. Ist die Schenkung eines Hauses mit der Bestimmung, daß der Beschenkte die auf dem Hause ruhenden, privaten und öffentlichen Lasten als Selbst- und Alleinschuldner übernehme, als Schenkung unter einer Auflage oder als gemischte Schenkung zu versteuern?

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. März 1905. 336. 04.

Eine Hauseigentümerin schenkte in einem notariellen Vertrage ihr Haus an ihre Schwester. Diese nahm in

dem Vertrage die Schenkung an und erklärte sich mit der daran geknüpften „Bedingung" einverstanden, daß sie die auf dem Grundstück ruhenden privaten und öffentlichen Lasten als Allein- und Selbstschuldnerin übernehme. Da das Haus einen Wert von 54 000 Mk. hatte und mit 49 000 Mk. belastet war, verwendete der Notar den Schenkungsstempel über den Betrag von 5000 Mk. Die Stempelbehörde verlangte aber daneben für die Übernahme der Schulden den entsprechenden Veräußerungsstempel, da insoweit ein lästiges Veräußerungsgeschäft vorliege. Dieses Verlangen wurde in allen Instanzen für unberechtigt erklärt. Die Gründe des Revisionsurteils lauten in ihren wesentlichen Teilen, wie folgt:

Der Beklagte hat im gegenwärtigen Prozeßverfahren die Ansicht vertreten, es liege neben der Schenkung des den Betrag der eingetragenen Schulden übersteigenden Wertes des Grundstücks insoweit ein lästiges Veräußerungsgeschäft vor, als die Klägerin die eingetragenen Schulden von 49 000 Mk. übernommen habe. Der Berufungsrichter mißbilligt diese Ansicht, indem er ausführt: die Übernahme der Schulden durch die Klägerin stelle sich lediglich als Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts dar, nämlich eines Schenkungsvertrages über das fragliche Haus mit der Auflage (im Vertrage „Bedingung" genannt), die eingetragenen Schulden zu übernehmen. Das ergebe sich nicht nur aus der im Vertrage enthaltenen, allerdings für sich allein nicht entscheidenden Bezeichnung des Rechtsgeschäfts als „Schenkung" sondern es entspreche auch der Natur der Sache, daß, wer ein Grundstück verschenke, nicht noch die darauf haftenden Schulden bezahle, und es lägen im gegenwärtigen Falle keine besonderen Umstände für die Annahme vor, daß die Absicht der Vertragschließenden und der Zweck des Geschäftes nicht eine Bereicherung der Klägerin, sondern Befreiung der Schwester der Klägerin von den auf dem Grundstück haftenden Schulden gewesen sei, daß sie also auch nur zu einem Teile ein lästiges Veräußerungsgeschäft beabsichtigt hätten. Diese Auffassung des Berufungsrichters kann nicht für rechtsirrtümlich erachtet werden. Was die Revision dagegen vorgebracht hat, ist nicht zutreffend.

Zunächst ist hervorzuheben, daß die bei einer Schenkung gemachte Auflage auch in einer Leistung an den Schenker bestehen kann. Als Beispiele werden unter anderem in der Literatur angeführt die Auflage, von einem geschenkten Kapital Zinsen an den Schenker zu zahlen, oder diesem den Unterhalt zu gewähren. Es steht daher rechtlich dem nichts im Wege, daß die Auflage, wie hier, auch in der Auferlegung der Verpflichtung bestehen kann, die Schulden des Schenkers zu übernehmen oder sie für ihn zu bezahlen.

Was das Wesen der Schenkung unter einer Auflage weiter angeht, so irrt die Revision, wenn sie meint, ihr *Hauptzweck müsse* die Bereicherung *des Beschenkten* sein. Das ist keineswegs der Fall. Allerdings wird sehr oft, vielleicht sogar in der Regel, der Hauptzweck der angegebene sein. Allein zum rechtlichen Wesen der Schenkung unter einer Auflage gehört solches nicht. Dieses wird dadurch nicht geändert, daß die Auflage entweder einen gleichberechtigten oder etwa gar den alleinigen Hauptzweck bildet und die Bereichernng des Bedachten nur als Nebenzweck anzusehen ist, wie beispielsweise in dem Falle, wenn jemandem 100 000 Mk. mit der Auflage geschenkt werden, 95 000 Mk. zu einer Stiftung zu verwenden. Wie fremd dem BGB. der von der Revision aufgestellte Grundsatz ist, zeigt am besten der Inhalt des § 526. Mit dieser irrigen Grundlage der Revision fällt auch ihr Schluß, daß bei einer Schenkung unter einer Auflage, die Zuwendung in der *Hauptsache* eine unentgeltliche sein müsse, mit anderen Worten, daß der *Hauptteil* der Zuwendung in einer Bereicherung des Beschenkten bestehen *müsse*, und daß, soweit das Moment der Unentgeltlichkeit, (d. h. im Sinne der Revision das der Bereicherung) wegfalle und die Auflage, namentlich die in einer Leistung an den Schenker bestehende, den Betrag der Schenkung decke, ein entgeltliches Geschäft vorliege. Die erste Kommission zur Beratung des BGB. hat es ausdrücklich abgelehnt, einen Satz des Inhalts, daß eine Schenkung mit einer Auflage nur soweit als Schenkung anzusehen sei, als der Wert des Zugewendeten den der Auflage übersteige, in das BGB. aufzunehmen, um das „Mißverständnis" zu vermeiden, daß, soweit „der Wert der Auflage reiche, nicht eine Schenkung, sondern ein lästiger Vertrag vorliege." (M. 2, 299). Die Auffassung der Revision würde zu dem mit Recht von der Kommission verworfenen Ergebnis führen, daß jede Schenkung mit einer Auflage zwei Teile enthielte, nämlich eine eigentliche Schenkung und ein entgeltliches Geschäft; denn ob der Wert der Auflage groß oder klein ist, kann offenbar nichts ausmachen, da auch bei einer geringwertigen Auflage insoweit, mit der Revision zu sprechen, „das Moment der Unentgeltlichkeit ohne weiteres wegfällt." Der Grundirrtum der Ausführungen des Revisionsklägers liegt in der Verkennung des rechtlichen Unterschieds zwischen einem gegenseitigen, entgeltlichen, lästigen Vertrage und einer Schenkung unter einer Auflage. Bei dem gegenseitigen Vertrage stehen die Leistungen beider Parteien in einem derartigen wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander, daß jede Leistung das Entgelt für die andere bildet und jede Leistung als gleichwertig gegen die andere ausgetauscht und ausgeglichen wird. Das trifft bei einer Schenkung unter einer Auflage nicht zu. Sie kommt allerdings insoweit dem gegenseitigen Vertrage nahe, als man die Leistung, die der Beschenkte infolge der Auflage zu bewirken hat, und zwar insbesondere dann, wenn der Schenker selbst deren Empfänger ist, in *dem* Sinne als eine „Gegenleistung" bezeichnen kann, daß der Beschenkte sie auf Grund der Leistung des Schenkers und „für" oder „gegen" diese bewirkt. Allein damit erschöpft sich auch die Ähnlichkeit. Im übrigen scheidet sich die Schenkung unter einer Auflage dadurch scharf vom gegenseitigen Vertrage, daß bei ihr rechtlich nur ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, nämlich das der Leistung des Beschenkten von der des Schenkers, nicht umgekehrt und daß bei ihr nicht ein gegenseitiger Austausch und eine gegenseitige Ausgleichung zweier Leistungen stattfindet, sondern daß die Leistungen auf jeder Seite gesondert von der anderen selbständig für sich erfolgen, daß sie also, in diesem Sinne verstanden, einseitige, nicht wechselseitige sind. Die Bestimmung des § 527 BGB. über das Rückforderungsrecht des Schenkers ändert hieran nichts; auch sie gestaltet die kraft der Auflage auszuführende Leistung des Bedachten nicht zu einem „Entgelt" für die Schenkung. Ebensowenig kann die Erwägung in Betracht kommen, daß nach § 516 BGB. das Wesentliche der Schenkung in einer von beiden Seiten gewollten Bereicherung des Beschenkten zu erblicken sei und daß daher, begriffsnotwendig von einer solchen nicht die Rede sein könne, soweit die Bereicherung durch den Wert der Auflage gemindert werde. Die Bestimmungen der §§ 525—527 bilden mit dem § 516 ein zusammengehöriges Ganze. Danach steht außer jedem Zweifel, daß auch bei einer Schenkung unter einer Auflage der *ganze* Gegenstand aus dem materiellen Rechtsgrunde *der Schenkung* in das Vermögen des Beschenkten übergeht und daß dieser Gegenstand auch zu dem Wertsteile ein *an den Bedachten geschenkter* ist, der durch den Wert der Auflage gedeckt und aufgewogen wird.

Anzuerkennen ist die Möglichkeit, daß die Parteien die Form der Schenkung unter einer Auflage nur zum

Schein wählen und daß ihr wahrer ernstlicher Wille, soweit die Auflage reicht, auf einen gegenseitigen, entgeltlichen Vertrag gerichtet ist. Alsdann ist selbstverständlich dieser letztere der Beurteilung zu Grunde zu legen, und das Vorhandensein eines gemischten Rechtsgeschäfts, bestehend teils aus Schenkung teils aus einem entgeltlichen Vertrage, anzunehmen. Dabei kann für die Willensfeststellung der Parteien das Verhältnis der Bereicherung zu dem Werte der Auflage von Bedeutung sein und die Geringfügigkeit der Bereicherung oder doch ihr Zurücktreten gegenüber dem Werte der Auflage, zumal wenn diese in einer Leistung an dem Schenker besteht, den Schluß rechtfertigen, daß die Parteien in Wirklichkeit insoweit ein entgeltliches Geschäft geschlossen haben und haben schließen wollen. Alles dies gilt auch für das Stempelrecht, da dessen Bestimmungen in bezug hierauf keinen abweichenden Inhalt haben.

Im gegenwärtigen Falle fehlt jeder Anlaß für die Annahme, daß der wahre Wille der Parteien, soweit die Auflage in Betracht kommt, auf Abschluß eines entgeltlichen Vertrages gerichtet war. Das ergibt folgende Betrachtung. Wenn die Schwester der Klägerin dieser das Haus ohne die Auflage der persönlichen Uebernahme der eingetragenen Schulden schenkte, so wurde auch alsdann der Wert der Bereicherung der Klägerin um den Wert der eingetragenen Schulden, für die das Grundstück haftete, gemindert; denn nach den für die Schenkung geltenden Bestimmungen des BGB. hatte die Klägerin, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle des arglistigen Verschweigens, hierfür der Beschenkten nicht aufzukommen. Es kann sich daher lediglich um die Bedeutung der persönlichen Uebernahme der eingetragenen Schulden handeln, die als Inhalt der Auflage hier in Frage steht. Nun lassen sich zweifellos Fälle denken, in denen bei einer derartigen Schenkung eine solche Uebernahme, also die Befreiung des Schenkers von den persönlichen Schulden für diesen von erheblichem Gewicht ist, und es können daraus nach den Umständen gewisse Schlüsse auf eine von der erklärten Schenkung abweichende Willensrichtung der Parteien gezogen werden. Indes ist ein solcher Fall hier nicht gegeben. (Wird näher ausgeführt).

* * *

Nr. 33. Tarifst. 58 (Schuldverschreibungen). Unterliegt das bei Eröffnung eines Bankkredits von dem Kunden im voraus abgegebene allgemeine Empfangsbekenntnis, daß er die von der Bank zu gewährenden und von ihr in das Kontobuch einzutragenden Darlehen erhalten habe, allgemein oder wenigstens bezüglich des Darlehens, das am selbigen Tage, an dem der Kunde jene Erklärung abgegeben hat, von der Bank in das Kontobuch eingetragen worden ist, dem Schuldverschreibungsstempel?

Urt. des VII. ZivSen. vom 10. Januar 1905. 263. 04.

Ein Vorschußverein e. G. gewährt seinen Mitgliedern in folgender Weise Kredit gegen Unterpfand. Das Mitglied, das solchen Kredit wünscht, erhält das Druckexemplar eines „Pfandscheins" der nachstehenden Inhalt hat. Unter der Überschrift „Pfandschein" befindet sich auf S. 1 folgende Erklärung des Vorschußvereins: Der ... hat von dem ... Vorschußverein zu ... die auf S. 9 ff. (Konto-Gegenbuch) aufgeführten Beträge als Darlehen erhalten und dafür das auf S. 2 ff. bezeichnete Unterpfand übergeben. Die dem Geschäft zu Grunde liegende Geschäftsordnung und Bedingungen sind auf S. 4 ff. dieses Pfandscheins abgedruckt und haben für beide Teile dieselbe Kraft, als ob sie hier wörtlich aufgenommen „wären". Datum, Der „Vorschußverein" zu X.

Auf den folgenden Seiten dieses Buches finden sich Spalten für die Bezeichnung der Unterpfänder, ferner der Abdruck der Geschäftsordnung, endlich ein „Konto-Gegenbuch" mit Spalten für die Eintragungen der Ein- und Auszahlungen usw. Das Mitglied hat auf einem zweiten Druckexemplar, welches den gedruckten Vermerk „Abschrift mit Ausschluß des Konto-Gegenbuches" trägt, eine gedruckte Erklärung des Inhalts, „Das Original dieses Pfandscheines verbunden mit Konto-Gegenbuch habe ich empfangen und erkenne solchen als richtig an," zu unterschreiben und zu datieren und dem Verein zu behändigen. Alsdann hat es sein Unterpfand dem Verein zu übergeben, worauf es nach Maßgabe von dessen Beleihungsfähigkeit das Darlehn empfängt. Dieses wird ebenso wie die Rückzahlung von dem Verein in dessen Büchern sowie im Konto-Gegenbuch eingetragen. Das Konto-Gegenbuch wird halbjährlich abgeschlossen und der vorgetragene Saldo gilt nach den Geschäftsbedingungen als vom Inhaber anerkannt, wenn dagegen nicht innerhalb bestimmter Frist Einspruch erhoben wird. Die Stempelsteuerbehörde war der Ansicht, daß die auf der Abschrift des Pfandscheines befindliche, von dem Mitgliede unterschriebene Erklärung, worin es den Pfandschein als richtig anerkennt, in Verbindung mit dem Inhalt des Pfandscheines und des Konto-Gegenbuches hinsichtlich der vor Ausstellung dieser Erklärung in das Konto-Gegenbuch eingetragenen Darlehnsbeträge eine Schuldverschreibung im Sinne der Tarifst. 58 darstelle. Dabei nahm die Stempelsteuerbehörde an, daß die erste Eintragung, soweit sie am selbigen Tage, wie die Erklärung des Mitgliedes, erfolgt war, vor dieser vollzogen sei. Die beiden ersten Instanzen traten dieser Auffassung bei und wiesen daher die Klage des Vorschußvereins auf Rückzahlung der von ihr aus diesem Grunde erforderten Stempelbeträge zurück. Das RG. entsprach dagegen der Klage aus folgenden Gründen:

Der Gedankenweg, auf welchem der Berufungsrichter zu seinem, dem Kläger ungünstigen Ergebnis gelangt, ist der folgende:

Das mit dem Kläger in Pfandverkehr tretende Mitglied erkenne in der von ihm unterzeichneten Erklärung den von dem Kläger unterzeichneten Inhalt des Pfandscheins als richtig an. Dieser enthalte eine dreifache Erklärung des Klägers, nämlich 1) die, daß das betreffende Mitglied die im Konto-Gegenbuche aufgeführten Beträge als Darlehn erhalten habe, 2) daß es dafür die auf S. 2 und 3 bezeichneten Unterpfänder übergeben habe, 3) daß die auf S. 4 flg. abgedruckte, dem Geschäft zugrunde liegenden Geschäftsordnung und Bedingungen für beide Teile verbindliche Kraft hätten. In der hiernach von dem Mitglied abgegebenen unzweideutigen Erklärung, daß es die im Konto-Gegenbuch aufgeführten Beträge als Darlehn empfangen habe, sei eine Schuldverschreibung im Sinne der Tarifst. 58 zu erblicken und es werde an diesem Charakter des Empfangsbekenntnisses dadurch nichts geändert, daß die am selbigen Tage erfolgte Abgabe dieses Empfangsbekenntnisses und die Eintragung im Konto-Gegenbuch d. h. also der Empfang des Darlehns einander in der Weise gefolgt seien, daß zuerst das Empfangsbekenntnis abgegeben und dann das Darlehn gewährt sei; denn der Kläger habe selbst erklärt, daß das erste Pfand dem ersten Darlehn entsprochen und die Hinterlegung des ersten Pfandes mit der Gewährung des ersten Darlehns in unmittelbarer Verbindung gestanden habe; die Unterschrift des Em-

pfangsbekenntnisses und die Eintragung des Darlehns in das Konto-Gegenbuch seien hiernach bei der unmittelbaren zeitlichen Aufeinanderfolge als ein einziger, einheitlicher Akt anzusehen. Überdies werde die Stempelpflichtigkeit einer Schuldverschreibung nicht dadurch berührt, daß sie in Erwartung der Zahlung des noch nicht empfangenen Darlehns ausgestellt werde.

Diese Ausführungen scheinen auf den ersten Blick überzeugend zu sein; sie können indes bei näherer Prüfung der gesamten Sach- und Rechtslage dennoch nicht für zutreffend erachtet werden und zwar aus folgenden Gründen:

Der Berufungsrichter verschließt sich nicht der Erkenntnis, daß auch bei Berücksichtigung der Bestimmung des StempelG. (§ 3 Abs. 3), wonach die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde nach ihrem Inhalt zu beurteilen ist, für die Feststellung dieses Inhalts der wirkliche Wille desjenigen, dessen Willenserklärung zur Versteuerung herangezogen werden soll, ermittelt werden muß, und daß hierbei auch der Zweck der Willenserklärung in Betracht zu ziehen ist. Allein der Berufungsrichter meint, daß es der Auslegung einer Willenserklärung nur bedürfe, wenn der Sinn der gebrauchten Worte zweifelhaft sei, und daß die Auslegung an der vorhandenen unzweideutigen Erklärung ihre Grenze finden müsse. Eine solche klare und unzweideutige Erklärung findet er in dem Bekenntnisse des Empfangs des auf S. 9 des Pfandscheins (Konto-Gegenbuch) aufgeführten Betrages als Darlehn. In diesen Erwägungen liegt der Schlüssel für die Unrichtigkeit der Auffassung, zu der der Berufungsrichter gelangt ist. Wenn eine Willenserklärung schon nach ihrem Wortlaut zu zwei oder mehreren Deutungen Anlaß bietet, so ist die Aufschließung des Sinnes der Erklärung durch das Mittel der Auslegung ein so selbstverständliches Gebot der Logik und Notwendigkeit, daß dies einer besonderen und ausdrücklichen Erwähnung nicht bedürftig ist. Es liegt daher auf der Hand, daß, wenn der Gesetzgeber es für nötig erachtet, ausdrücklich hervorzuheben, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften sei, (§ 113 BGB.) von ihm hierbei vorzugsweise grade an die Fälle gedacht sein muß, in denen der buchstäbliche Sinn der Erklärung nicht zweideutig ist, sondern nur ein Deutung gestattet. Auch in solchen Fällen ist mithin der Auslegung Raum zu geben. Die Bestimmung des Stempelgesetzes, daß für die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde *nur deren Inhalt* maßgebend sein soll, besagt lediglich, daß für die Frage der Stempelpflichtigkeit außerhalb der Urkunde liegende Tatsachen in der Regel nicht verwertet werden dürfen; keineswegs ist damit aber ausgesprochen, daß Willenserklärungen, die nach ihrer Wortdeutung nur *einen* klaren und bestimmten Sinn ergeben, nicht dennoch auf *Grund ihres Zusammenhanges mit dem übrigen Inhalt der Urkunde* und ihres *daraus* ersichtlichen Zwecks in einem *von dem Wortlaut abweichenden Sinne verstanden werden* können und *müssen*. Dieser letztere Fall ist hier gegeben. Es ist unzweifelhaft, daß, wenn man die beiden auf dem Pfandschein befindlichen Erklärungen des Klägers und des Mitgliedes mit einander zusammenhält, die Erklärung des Mitgliedes nach dem *buchstäblichen* Sinne des gebrauchten Ausdrucks dahin geht, daß es die auf S. 9 flg. aufgeführten Beträge als Darlehn erhalten *habe*; daß es damit also eine in der *vollendeten Vergangenheit* liegende Tatsache bekennt und beurkundet. Allein der Inhalt der *gesammten* Urkunde, die nicht nur aus jenen beiden Erklärungen, sondern auch aus der auf S. 4 flg. abgedruckten Geschäftsordnung nebst Bedingungen besteht, ergibt, daß bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange, — und nur solchen kann selbstverständlich der *gedruckte* Inhalt des Pfandscheins im Auge haben nicht Fälle der Ordnungswidrigkeit, — jene Erklärung des Mitgliedes niemals der Wirklichkeit entspricht und entsprechen kann; denn danach bildet bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Unterwerfung unter die Geschäftsordnung und Bedingungen durch Unterzeichnung des Pfandscheines seitens des Mitgliedes den *Beginn* seines Pfandverkehrs mit dem Kläger. Erst *hiernach* gibt es sein Unterpfand hin und erst alsdann erhält es das ihm zu gewährende Darlehn; denn dieses wird ihm nur *auf Grund* des Unterpfandes und nur nach Maßgabe von dessen Beleihungsfähigkeit bewilligt. Das Mitglied kann also bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange *im Zeitpunkt der Unterzeichnung* des Pfandscheines *niemals* ein Darlehn *bereits empfangen haben*. Der Umstand, daß die Unterzeichnung des Pfandscheins und die erste Eintragung eines Darlehns im Konto-Gegenbuch dasselbe Datum aufweisen, gibt keinerlei urkundlichen Anhalt für die Annahme, daß ordnungswidrig verfahren sei. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß, wenn auch beides am selbigen Tage geschehen ist, doch entsprechend der Geschäftsordnung auch in solchem Falle die Unterzeichnung des Pfandscheines der Hingabe und Eintragung des Darlehns zeitlich vorauf gegangen ist. Wäre aber selbst einmal anders verfahren, — was auf alle Fälle vom Fiskus zu beweisen wäre, — so würde dies rechtlich ohne Belang sein, da, wie schon hervorgehoben, der Sinn des *gedruckten* Inhalts des Pfandscheines nur nach Maßgabe des *ihm* zu Grunde zu liegenden ordnungsmäßigen Geschäftsverfahrens beurteilt werden kann. Die vorstehenden Erklärungen zeigen, daß es sich bei dem in Frage stehenden Inhalt des Pfandscheins nur um eine nicht korrekte Fassung handelt. Es sollte ausgedrückt werden, daß das Mitglied die Beträge, die im Konto-Gegenbuch in der betreffenden Spalte künftig aufgeführt werden würden, als Darlehn empfangen und dafür die auf S. 2 flg. aufgeführten Unterpfänder hingegeben haben werde und daß für diesen zukünftigen Pfandverkehr die 4flg. abgedruckte Geschäftsordnung nebst Bedingungen maßgebend sein solle. Diesen Inhalt des Pfandscheines erkennt das Mitglied als richtig an. Es liegt hiernach lediglich ein Vergreifen in der Form des Ausdrucks vor. (Wird weiter ausgeführt.) Uebrigens würde schon der Gebrauch des Präsens ausreichen, den Willen der Parteien jeder Mißdeutung zu entziehen, wenn es also hieße: „Das Mitglied erhält die im Konto-Gegenbuch aufzuführenden Beträge als Darlehn und gibt dafür die S. 4 flg. zu verzeichnenden Unterpfänder hin."

Wie wenig die Beteiligten den Willen gehabt haben, dem gewählten Ausdruck die Bedeutung eines Empfangsbekenntnisses im Sinne des Fiskus bezüglich der etwaigen ordnungswidrig vor der Unterzeichnung des Pfandscheins gewährten und eingetragenen Darlehnsbeträge beizulegen, ergibt sich, abgesehen von den vorstehenden Gründen, auch aus § 18 der Bedingungen. Hier ist bestimmt, daß sowohl die von dem Kläger hingegebenen Darlehensbeträge als auch die Rückzahlungen des Mitgliedes nur eingetragen werden sollen 1) in den Büchern der Gesellschaft, 2) in dem Konto-Gegenbuch, daß *weitere Quittungen* nicht zu erteilen sind und daß der im Konto-Gegenbuch halbjährlich gezogene und vorgetragene Saldo als vom Mitgliede anerkannt gilt, wenn nicht binnen bestimmter Frist Einspruch hiergegen erhoben wird. Damit haben die Beteiligten so deutlich wie denkbar zu erkennen gegeben, daß die Erklärung im Pfandschein von ihnen nicht im Sinne eines Empfangsbekennt-

nisses gemeint und gewollt ist. Der Berufungsrichter führt allerdings hiergegen aus, zwar ständen nach § 18 der Bedingungen dem Kläger auch andere Beweismittel für die Hingabe des Darlehns zu Gebote, indes schließe dies nicht aus, daß ihm auch das Bekenntnis auf dem Pfandschein als Beweismittel diene. Durch diese Erwägung tritt der Berufungsrichter jedoch zunächst mit dem Inhalt des § 18 in Widerspruch, der völlig klar die dort bezeichneten Beweismittel als ausschließliche und als die allein in Betracht kommenden bezeichnet. Außerdem ist aber auch, schlechterdings nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Parteien gerade das erste Darlehn gegenüber den späteren in dieser Weise durch Schaffung eines besonderen Beweismittels sollten bevorzugt haben. Durch die vorstehenden Ausführungen ist jedenfalls dem Standpunkt des Fiskus, der den Pfandschein nach seinem Wortlaut im Sinne eines Empfangsbekenntnisses über die (entgegen der Geschäftsordnung) bei Unterzeichnung des Scheines bereits gewährten Darlehnsbeträge deuten will, jeder Boden entzogen. (Wird weiter ausgeführt.)

Was im weiteren die Berufungsentscheidung angeht, so ist nicht zu verkennen, daß die Auffassung des Berufungsrichters sich nicht völlig mit der des Fiskus deckt. Während dieser nur die vor der Unterzeichnung des Pfandscheins im Konto-Gegenbuch bewirkten Eintragungen zur Versteuerung heranziehen und die nachher erfolgten Eintragungen, auch wenn sie am selbigen Tage erfolgt sind, dem Stempel nicht unterwerfen will, erklärt der Berufungsrichter auch die letzteren für stempelpflichtig, da sie in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhange mit dem Empfangsbekenntnis ständen und nach der Angabe des Klägers jedenfalls in den vorliegenden Fällen das erste Darlehn dem ersten Unterpfande entsprochen habe. Allein der Ansicht des Berufungsrichters kann nicht beigetreten werden. Richtig ist der von ihm zur Stütze seiner Auffassung geltend gemachte Grundsatz, daß die Stempelpflichtigkeit einer in Erwartung der Zahlung ausgestellten Schuldverschreibung nicht durch das Ausbleiben der Zahlung berührt wird. Indessen kann dieser Grundsatz ebenso wie der andere, daß die Hinzufügung von Bedingungen die Eigenschaft einer Urkunde als Schuldverschreibung nicht beeinflußt, hier nicht in Betracht kommen, weil die Annahme einer besonderen Beziehung des Empfangsbekenntnisses auf das spätere erste Darlehn nicht begründet ist. Der für die Verstempelung allein maßgebliche Inhalt der Urkunde enthält bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Pfandscheines durch das Mitglied hinsichtlich des ersten Darlehns ebensowenig eine tatsächliche Angabe wie hinsichtlich aller späteren; denn das Konto-Gegenbuch muß in diesem Zeitpunkte völlig leer von Eintragungen sein. Etwaige mündliche Verabredungen müssen als außerhalb der Urkunde liegend außer Berücksichtigung bleiben. Irgend ein tatsächlicher oder rechtlicher Unterschied zwischen dem ersten Darlehn und den späteren kann daher nicht anerkannt werden. Was vorliegt, ist lediglich die allgemeine Erklärung des Mitgliedes, daß es die im Konto-Gegenbuch künftig einzutragenden nach Inhalt der Urkunde bei der Unterzeichnung völlig ungewissen Beträge im voraus als ihm von dem Kläger gewährte Darlehnsbeträge anerkenne. Man wird hierin eine allgemeine auf die Zukunft gestellte Schuldverschreibung erblicken können; allein der Stempelpflicht ist diese nicht unterworfen, weil nach Inhalt der Urkunde der Betrag der künftigen Schuldbeträge einschließlich des ersten unbestimmt und unbestimmbar ist.

* * *

Nr. 34. Tarifst. 58 (Schuldverschreibungen. Kaufmännische Verpflichtungsscheine). 1) Die Hinzufügung des Schuldgrundes ändert nicht das Wesen eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines. 2) Die ausdrückliche Angabe der Kaufmannseigenschaft in der Urkunde ist für den Begriff eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines, nicht erforderlich.

Urt. des VII. ZivSen. vom 10. März 1905.

Eine Firma K. & L. hatte der Klägerin, einer anderen Handelsgesellschaft, folgendes Schriftstück ausgestellt:

Berlin, den ... K. & L. Rechnung für die Herren ... Lombard-Zahlung. Anbei unser Depot Mk. 18000 ... Aktien Stücke in unserem grünen Scheck, Nr. ... Mk. 35000. Betrag empfangen: K. & L.

Die Stempelsteuerbehörde erachtete dies Schriftstück für eine Schuldverschreibung nach Tarifst. 58[1] und erforderte den entsprechenden Stempel. Die Klägerin verlangte den gezahlten Stempel zunächst ganz ev. aber z. Teil zurück, indem sie in erster Reihe geltend machte, es handle sich um ein stempelfreies Lombard-Darlehn, in zweiter, es liege ein nach Tarifst. 58[2] nur mit 1/5 vom Hundert zu versteuernden kaufmännischer Verpflichtungsschein vor. Mit letzterer Auffassung drang die Klägerin bei dem RG. durch. Die Gründe des Revisionsurteils lauten:

Es handelt sich, da die Klägerin in gegenwärtiger Instanz den Standpunkt nicht mehr festhält, daß ein Lombarddarlehn in dem fraglichen Schriftstück beurkundet sei, nur noch um die Frage, ob die Urkunde einen kaufmännischen Verpflichtungsschein im Sinne der Tarifst. 58[2] darstellt. Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen. Kaufmännische Verpflichtungsscheine im Sinne der gedachten Tarifvorschrift sind solche Urkunden, in denen ein Kaufmann sich zur Leistung von Geld verpflichtet, ohne daß diese Leistung in der Urkunde von einer Gegenleistung abhängig gemacht worden ist. Diesem Erfordernis entspricht das in Frage stehende Schriftstück; denn es besagt, daß die Ausstellerin ein Darlehn von 35000 Mk. von der Klägerin empfangen hat. Damit ist ohne weiteres zum Ausdruck gebracht, daß die Ausstellerin verpflichtet ist bezw. sich verpflichtet, 35000 Mk. an die Klägerin zu zahlen. Daß die Hinzufügung des Schuldgrundes dem Wesen des kaufmännischen Verpflichtungsscheines keinen Abbruch tut, hat der erkennende Senat bereits früher ausgesprochen (Entsch. 44, 230) und beharrt hierbei. Ebensowenig kann es für die Natur dieser Verpflichtungsurkunde etwas ausmachen, daß für die eingegangene Verpflichtung Sicherheit bestellt ist in Gestalt von Aktien, die sich im Giro — Effekten — Depot der Bank des Berliner Kassenvereins befanden. Es kommt neben der Verpflichtung zur Geldleistung lediglich darauf an, ob diese von einer Gegenleistung abhängig gemacht und ob die Urkunde auf Order gestellt ist. Beides ist nicht der Fall. Endlich kann auch nach Inhalt der Urkunde kein Zweifel darüber obwalten, daß sie von einem Kaufmann ausgestellt ist, und es ist schwer verständlich, wie der Berufungsrichter den Anspruch der Klägerin auf Ermäßigung des Stempels aus dem Grunde abweisen konnte, weil die Kaufmannseigenschaft der Aussteller K. & L. aus der Urkunde nicht hervorgehe. Daß der Ausdruck K. & L. die Bezeichnung einer kaufmännischen Firma darstellt, kann unmöglich geleugnet werden. Daher war eine weitere ausdrückliche Angabe der Kaufmannseigenschaft nicht erforderlich. Eine solche Forderung kann übrigens schon deshalb nicht gestellt werden, weil alsdann, abgesehen von Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H. usw., also den Gesellschaften,

aus deren Bezeichnung die Kaufmannseigenschaft in Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorschrift sich ergibt, die Ermäßigungsvorschrift der Tarifst. 58² praktisch keine Anwendung finden würde; denn es ist kein kaufmännischer Gebrauch, daß der Kaufmann sich selbst in einer Erklärung als „Kaufmann" bezeichnet. Da aber anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber mit den kaufmännischen Verpflichtungsscheinen solche im Auge gehabt hat, wie sie im wirklichen Gebrauch sind, nicht aber solche mit einem Inhalt, der nicht existiert, so ist zu folgern, daß eine ausdrückliche Angabe der Kaufmannseigenschaft in der Urkunde selbst nicht notwendig ist, um sie der Ermäßigung zu unterwerfen. Es kann auch für die Stempelpflicht keinen Unterschied machen, ob die Urkunde etwa auf einen Briefbogen geschrieben ist, der, wie es in kaufmännischen Kreisen vielfach geschieht, in seinem Aufdruck neben der Firma auch eine Angabe des Geschäftes („Weinhandlung," „Weberei" usw.) enthält, denn die Urkunde im Sinne des Stempelgesetzes ist nur die unterschriftlich vollzogene Erklärung (§ 1 Abs. 2), jener Aufdruck liegt daher außerhalb der eigentlichen Urkunde.

Zum Schluß mag nicht unbemerkt bleiben, daß im gegenwärtigen Falle auch der sonstige Inhalt der Urkunde so klar die Ausstellung durch einen Kaufmann zu Tage treten läßt, daß unter allen Umständen eine besondere ausdrückliche Angabe der Kaufmannseigenschaft der Aussteller nicht nötig war.

* * *

Nr. 35. Tarifst. 58 (Schuldverschreibungen. Kaufmännische Verpflichtungsscheine). Können schriftliche Abmachungen über Gewährung sog. Ultimogelder unter den Begriff „Kaufmännische Verpflichtungsscheine" fallen?

Urt. des VII. ZivSen. vom 4. April 1905. 412. 04.

Eine Aktiengesellschaft stand mit der Diskontogesellschaft in einer geschäftlichen, von den Prozeßparteien als „Kontokorrent" bezeichneten Verbindung. Zwischen beiden Teilen wurden während dieser Verbindung gleichartige Schriftstücke gewechselt, von denen die der Aktiengesellschaft sagten, daß sie mit dem offerierten Zinsfuß von — einverstanden sei und Mk. — bis — fest geben werde, worauf die Diskontogesellschaft erwiderte, daß die Aktiengesellschaft zu Lasten ihres Kontos mit dem betr. Betrage Val. dato in separater Depositenrechnung erkannt und daß ihr auf ihr Guthaben in letzterer, vorausgesetzt, daß sie darüber nicht an dem bezeichneten Tage, verfüge, bis zu diesem Tage der angegebene Zinssatz vergütet werde. Die Stempelsteuerbehörde unterwarf die Schreiben der Diskontogesellschaft der Besteuerung nach Tarifst. 58. Die hiergegen gerichtete Klage der Aktiengesellschaft wurde in allen Instanzen abgewiesen. In den Gründen des Revisionsurteils heißt es: Der Berufungsrichter hat die Überzeugung gewonnen, daß die Klägerin sich verpflichtet habe, die näher bezeichneten Beträge (sogen. Ultimogelder) der Diskontogesellschaft bis zu den angegebenen Stichtagen zu dem höheren Zinssatze zu belassen. Es handelt sich hierbei um die Auslegung der Korrespondenz der Klägerin mit der Diskontogesellschaft, welche einen rechtlichen Verstoß nicht erkennen läßt. Insbesondere ist sie mit der Fassung der Schreiben der Diskontogesellschaft nicht unvereinbar. Der Berufungsrichter führt aus, daß diese Fassung den Schein erwecke und erwecken solle, als sei die Klägerin nicht zur Belassung der Gelder verbunden, daß aber aus dem Zusammenhange mit den vorausgegangenen Schreiben der Klägerin sich das Gegenteil ergebe. Damit soll gesagt sein, daß die Wendung: „Vorausgesetzt, daß Sie nicht vor ... über das Guthaben verfügen" in Wahrheit bedeute, der höhere Zinssatz werde gewährt, da ja die Klägerin — gemäß ihren Briefen — das Geld nicht vor dem Stichtage zurückfordere. Ist hiernach für die Revision davon auszugehen, daß in den Schreiben, für welche der Stempel gefordert wird, von Summen die Rede ist, die vor dem bestimmten Tage von der Klägerin nicht abgehoben werden durften, so kann auch die weitere Annahme des Berufungsrichters rechtlich nicht beanstandet werden, daß die Schreiben nicht bloß Anzeigen über Buchungen innerhalb des Kontokorrentverkehrs darstellen, sondern die selbständige Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten, von einer Gegenleistung nicht abhängigen Geldschuld, mithin, (da an der Kaufmannseigenschaft der Diskontogesellschaft nicht zu zweifeln ist), die Erfordernisse eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins im Sinne des Art. 301 HGB. und der Tarifst. 58 Z. II. zum preußischen Stemp. St. G. zum Ausdruck bringen. Die Ausführungen des Berufungsrichters, daß, weil die Klägerin die Gelder erst zu dem Stichtage habe beanspruchen können, ein nicht in den Rahmen des Kontokorrents passendes Rechtsverhältnis geschaffen worden sei, bewegen sich auf dem Boden des Urteils des erkennenden Senats vom 16. September 1902 in Sachen Schaafhausenscher Bankverein wider Fiskus (VII, 214/1902). Mit der Festsetzung selbständiger Rückzahlungs- und Verzinsungsbedingungen haben die betreffenden Posten jedenfalls aufgehört, Bestandteile des Kontokorrents zu sein; sie sind individuell gestaltete, von der kontokorrentmäßigen Saldierung unabhängige (Darlehens-) Schuldverhältnisse mit bestimmten Fälligkeitsterminen geworden. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob die aus dem Kontokorrent herausgehobenen Beträge vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Beteiligten für den Fall, daß sie an dem bestimmten Tage nicht zurückgefordert würden, wieder auf das conto ordinario übernommen werden und damit von neuem in der laufenden Rechnung aufgehen sollten. Damit wäre die Tatsache nicht beseitigt, daß die Posten bis dahin als selbständige Schuldposten bestanden haben. Der Berufungsrichter stellt übrigens fest, daß die Beträge in Wirklichkeit am Stichtag abgehoben, daß sie also auch als besondere Schuldposten behandelt worden sind. Nachdem der Berufungsrichter für erwiesen erachtet hat, daß die Klägerin die Ultimogelder fest gegeben habe, kann es dahingestellt bleiben, ob die Rückübertragung bei Nichtabhebung der Gelder am Stichtage selbstverständlich war oder nicht. Als ein Moment dafür, daß auch die Beteiligten von der Sondernatur der Ultimogelder ausgegangen sind, durfte der Berufungsrichter immerhin die tatsächliche Abhebung an dem bestimmten Tage betrachten, wobei es unerheblich ist, daß die Zinsen wieder auf das gewöhnliche Konto übernommen worden sind. Ob trotz der Selbständigkeit der bezeichneten Gelder gegenüber dem Kontokorrent die Schreiben der Diskontogesellschaft nicht auch anders hätten ausgelegt werden können, als es der Berufungsrichter getan hat, kommt für das Revisionsgericht nicht in Betracht. Ein rechtlicher Verstoß war in der Annahme, daß es sich um Kaufmännische Verpflichtungsscheine handle, nicht zu finden.

* * *

Nr. 36. **Tarifst. 59 (Sicherstellung von Rechten).** Die in den Geschäftsbedingungen der Banken und Bankiers enthaltenen Sicherheitsbestellungen der Geschäftskunden sind nicht (stempelfreie) Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäftes, sondern rechtlich selbständige, jede für sich nach Tarifst. 59 stempelpflichtige, rechtsgeschäftliche Erklärungen.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. April 1905. 420. 05.

(Der Inhalt des Urteils ist mitgeteilt in Nr. 5 des laufenden Jahrgangs dieser Monatsschrift S. 105 [Nr. 10 der dortigen Zusammenstellung]).

Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen.

Von Rechtsanwalt **Dr. Eugen Josef** in Freiburg i. Breisg.

V*).

Die Legitimation zur Beschwerde gegen die Löschung einer Firma.

Dem Beschluß des KG. v. 9. 7. 1904 (Rspr. OLG. 9, 246) liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Handelsregister A. stand die Firma A. & Sohn als Kommanditgesellschaft eingetragen; demnächst wurde sie in das Handelsregister B. als G. m. b. H. eingetragen. Sodann meldeten die Gesellschafter an: „Die Gesellschaft ist am 7. 6. 1901 aufgelöst" und beantragten, die Firma zu löschen; das Registergericht verfügte dahin: „Die Gesellschaft ist aufgelöst, die Firma erloschen." Da U. mit der Firma A. & Sohn einen Vertrag geschlossen hatte, der beim Erlöschen der Firma vorzeitig enden sollte, so beantragte er, den Vermerk „die Firma ist erloschen" zu streichen und dafür einzutragen: Das Handelsgeschäft ist mit der Firma auf eine G. m. b. H. übergegangen. Sein Antrag war zurückgewiesen; das KG. erachtete die weitere Beschwerde für begründet, indem es ausführt: Die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine G. m. b. H. lasse sich allerdings nur durch Auflösung jener und Neuerrichtung dieser bewerkstelligen; dadurch sei aber nach § 4 Abs. 1 G. m. b. H. das Erlöschen der bisherigen Firma nicht bedingt. Vielmehr erlösche die Firma erst dann, wenn das Geschäft selbst, für das sie geführt wird, erlischt oder wenn der Erwerber des Geschäfts sie nicht fortführt. Hier sei nun die Firma auf eine G. m. b. H. übergegangen, folglich sei die Firma A. & Sohn nicht erloschen, ihr Erlöschen auch gar nicht angemeldet und die Eintragung „die Firma ist erloschen" daher wegen mangels einer entsprechenden Anmeldung unzulässig, folglich nach § 142 FGG. zu löschen Das Registergericht habe die von U. angeregte Löschung abgelehnt und diesem stehe hiergegen die Beschwerde zu; denn die Eintragung begründe die Vermutung, daß die Firma wirklich erloschen sei und da U. zur Firma A. & Sohn in einem Vertragsverhältnis stehe, dessen vorzeitige ihm ungünstige Auflösung für den Fall des Erlöschens der Firma vorgesehen ist, so könne die Beeinträchtigung eines Rechtes des Beschwerdeführers nicht ohne Weiteres als ausgeschlossen gelten.

Es fragt sich, ob dieser Ansicht beizustimmen ist[1]).

1. Nach § 20 FGG. steht die Beschwerde dem zu, d. h. zur Beschwerde ist legitimiert der, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist, dagegen (wie die Denkschr. zu § 20 hervorhebt), nicht der, auf dessen rechtliche Beziehungen die Verfügung von Einfluß ist, der also ein wirtschaftliches Interesse an ihrer Änderung hat; vielmehr wird, wie in der Kommission hervorgehoben wurde, ein unmittelbarer Eingriff in das Recht, seine direkte Verletzung erfordert[2]). Man setze nun folgenden Fall: Der Geschäftsinhaber, dessen Firma eingetragen ist, verkauft das Geschäft mit der Firma; dann kann er die Firma nicht mehr aufgeben, er ist nicht mehr befugt, über die ihm fremde Firma zu verfügen. Ist der Erwerber nicht als Inhaber der Firma eingetragen, so kann freilich der Veräußerer kraft seines formell noch bestehenden Rechts die Löschung der Firma erwirken. Durch diese Löschungsverfügung des Registergerichts und deren Ausführung[3]) ist das Recht des Erwerbers natürlich nicht untergegangen; er kann vielmehr die gelöschte Firma nach wie vor benutzen[4]). Aber beeinträchtigt ist, da die Firma dem Erwerber zusteht, sein Recht darauf, daß sie eingetragen bleibe und daher ist der Erwerber zur Beschwerde gegen eine solche Löschung legitimiert[5]), so daß die Beschwerde Erfolg haben

*) Vgl. 15, 326—331 und 16, 134—141.

[1]) Diese Entscheidung hatte ich ohne nähere Bemerkung in meinem Kommentar zum FGG (2. Aufl. 1905) Anm. 2 A i zu § 20 als richtig übernommen.

[2]) S. ebenda Anm. 3a.

[3]) S. Josef in d. Bl. 15, 329.

[4]) „Er kann auch die Wiedereintragung der Firma in das Handelsregister verlangen und die hierzu erforderliche Mitwirkung des Veräußerers in Anspruch nehmen," so bemerkt das RG. (65, 15 = JW. 7, 82) in einem Fall, wo der Firmenerwerber auf Schadenersatz geklagt hatte dafür, daß ihm durch die widerrechtlich auf Antrag des Veräußerers erfolgte Löschung der Gebrauch der überlassenen Firma entzogen sei. - Auf die vom RG. entschiedene Frage braucht hier nicht eingegangen zu werden.

[5]) Der Erwerber kann auch, statt Beschwerde zu erheben, beim Registergericht das Offizialöschungsverfahren zwecks Beseitigung der ungerechtfertigten Eintragung anregen. Die Beschwerde gegen die die amtswegige Löschung ablehnende Verfügung steht ihm nur zu, wenn sein Recht

muß, wenn das Beschwerdegericht feststellt, daß der Beschwerdeführer mit dem Geschäft die Firma des Veräußerers in der Tat erworben habe[6]). Die gleiche Folge ergibt sich, wenn der Firmeninhaber etwa sein Geschäft verpachtet hat, oder an ihm ein Nießbrauch besteht und der Pächter oder Nießbraucher das Recht auf Fortführung der Firma hat, der Geschäftseigentümer aber die Löschung der Firma erwirkt. § 22 Abs. 2 HGB.

2. Nun nehme man dagegen den vom KG. entschiedenen Fall: Versehentlich hatte das Registergericht eingetragen, daß die Firma erloschen war, während das Geschäft tatsächlich weiterbestand und nur den Inhaber gewechselt hatte; dieser war vorher eine Kommanditgesellschaft gewesen, während er jetzt eine G. m. b. H. war. Dem U. kann dies Versehen nicht gleichgiltig sein, denn er hatte mit der ursprünglichen Inhaberin einen Vertrag geschlossen, für die Dauer des Bestehens der Firma. Seine Anregung an das Registergericht, das Versehen zu beseitigen, war erfolglos geblieben; aber die Beschwerde gegen die die Beseitigung des Versehens ablehnende Verfügung stand ihm, wie in Anm. 5 erwähnt, nur zu, wenn durch die Verfügung ein Recht des U. beeinträchtigt war. Während nun, wie oben zu 1 dargelegt, das Recht des Firmen-Erwerbers durch die auf Antrag des Veräußerers erfolgte Löschung beeinträchtigt wird, weil der Erwerber für sich ein Recht auf die Führung der Firma in Anspruch nimmt, trifft dies bei U. garnicht zu. Letzterer machte nur auf Grund des Vertrages ein Recht gegen den Firmen-Inhaber geltend, daß dieser, solange er sein Geschäft unter der eingetragenen Firma betreibe, etwa von U. seine Ware beziehe, den Vertrag erfülle. Über dies dem U. gegen den Firmen-Inhaber zustehende Recht war keine Entscheidung des Registergerichts ergangen; die Löschung enthielt keinen Eingriff in dies Recht, keine direkte Verletzung des Rechts. Vielmehr wurde dem U. nur die Geltendmachung dieses Rechts erschwert, weil die jetzige Geschäftsinhaberin möglichenfalls die Erfüllung des Vertrags verweigern konnte unter Berufung darauf, daß die Firma, in deren Betriebe jener verpflichtende Vertrag geschlossen war, ausweislich des Handelsregisters bereits erloschen sei. Dann konnte U. in die Lage kommen, nachweisen zu müssen, daß jenes Handelsgeschäft tatsächlich noch bestehe und nur den Inhaber gewechselt habe, das Erlöschen der Firma nur versehentlich eingetragen sei. U. hatte also daran, daß die Eintragung des Erloschenseins der Firma unterbleibe, wohl ein wirtschaftliches Interesse; die Eintragung der Löschung war auf seine rechtlichen Beziehungen wohl von Einfluß; aber das genügt, wie oben dargelegt, nicht als Legitimation zur Beschwerde. Ein zwischen dem Firmeninhaber und Dritten bestehendes Schuldverhältnis legitimiert, wofern der Dritte nicht etwa aus ihm ein Recht auf Firmenführung für sich selbst herleitet (oben 1), den Dritten nimals zur Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister. Andernfalls müßte, wenn der Firmeninhaber einen Laden gemietet oder einen Gehilfen angestellt hat, auf solange, als er sein Geschäft betreibt, und er dann die Firma löschen läßt, auch der Vermieter und der Gehilfe zur Beschwerde gegen die Löschungsverfügung legitimiert sein, wovon doch nicht die Rede sein kann. Eine soweit gehende Beschwerdebefugnis wurde nicht einmal nach dem früheren Preußischen Recht angenommen, wo gemäß § 12 III 1 AGO. die Beschwerde stattfand gegen den Inhalt einer dem Beschwerdeführer vermeintlich *nachteiligen* Verfügung. In bewußter Abweichung hiervon knüpft aber das FGG. die Beschwerdebefugnis an die erheblich strengere Voraussetzung, daß durch die Verfügung ein Recht des Beschwerdeführers *beeinträchtigt* sein müsse.

3. Der vom Kammergericht Eingangs entschiedene Fall ist also rechtlich durchaus nicht anders zu beurteilen, als der später im Beschluß v. 23. 4. 06 (KGJ. 33, 141 = RJA. 7, 186 = ZBlFG. 7, 421) entschiedene: Hier war für ein von K. betriebenes Geschäft die Firma P. K. eingetragen; sodann meldete K. die Auflösung des Geschäfts mit dem Antrage auf Löschung der Firma P. K. an und es meldeten ferner K. und S. zur Eintragung an, daß sie die offene Handelsgesellschaft P. K. u. Co. errichtet hätten. Beide Eintragungen erfolgten; gegen diese führte ein Gläubiger des K. Beschwerde, weil er infolge der Veränderung eine Pfändung im Geschäftslokal nicht vornehmen könne; er behauptete: die Anmeldung der offnen Handesgesellschaft sei nur zum Schein erfolgt; in Wahrheit habe K. den S. in sein Geschäft aufgenommen und er führe dieses unverändert unter der neuen Firma fort. Das Kammergericht sprach dem Gläubiger die Legitimation zur Beschwerde ab, weil sein Recht durch die angeblich der Sachlage widersprechende Eintragung nicht beeinträchtigt sei: ein Namens- oder Firmenrecht des Beschwerdeführers stehe nicht in Frage; das rechtliche Interesse, daß dem Gläubiger nicht durch einen unrichtigen Inhalt des Handelsregisters die Zwangsvollstreckung erschwert werde, legitimiere den Gläubiger nicht zur Beschwerde, ein unmittelbares Recht auf Richtigstellung des Handelsregisters sei dem Gläubiger vom Gesetz nicht ein-

durch die Eintragung beeinträchtigt ist, also nur unter derselben Voraussetzung, wie die Beschwerde gegen die Löschung. Vgl. Josef in dieser Zeitschr. 16, 135 und in ZGVBl. 07, 62.

[6]) Ist dies streitig, so kann es den Beschwerdeführer nach § 127 FGG. auf den Prozeßweg verweisen. Ist freilich inzwischen die gelöschte Firma für einen Anderen eingetragen, so kann sich die Notwendigkeit einer Änderung der Firma i. S. des § 30 HGB. herausstellen. RG. 65, 17.

geräumt. Dabei bemerkt das KG. weiter: ein anderes gelte von der Eingangs dieses Aufsatzes mitgeteilten Entscheidung, wo der Beschwerdeführer „ein besonderes vertragsmäßiges Recht darauf hatte, daß die gelöschte Firma nicht vorzeitig gelöscht werde." Allein dies letztere kann nicht zugegeben werden: der Beschwerdeführer hatte nach Sinn und Zweck des Vertrages nur das Recht darauf, daß der Firmen-Inhaber, solange das Geschäft bestand, mit ihm — dem Beschwerdeführer — in Geschäftsverbindung stehe, dasselbe Recht, das auch der Vermieter und der Gehilfe hat, wenn sie den Miet- oder Dienstvertrag mit dem Geschäftsinhaber auf die ganze Dauer des Bestehens des Geschäfts abgeschlossen haben. Die Geltendmachung solcher Schuldverhältnisse wird wohl erschwert, wenn der Geschäftsinhaber die Firma löschen läßt und die Beseitigung dieser Löschung erscheint geboten, wenn die Löschung erfolgt ist, obwohl das Handelsgeschäft weiter besteht. Aber die Löschungsverfügung und deren Ausführung stellt sich nicht als ein unmittelbarer Eingriff (Beeinträchtigung) in die Rechte aus jenen Verträgen dar, die mit dem Handelsregister in gar keiner Beziehung stehen. Denn das Handesregister hat es nur mit dem Recht zur Führung der Firma zu tun, nicht mit den Beziehungen des Firmeninhabers zu Dritten, die mit ihm auf Grund seines Handelsbetriebes in Verbindung treten.

4. Denkbar wäre freilich, daß Jemand ein „besonderes vertragsmäßiges Recht" darauf hat, daß die Firma nicht vorzeitig gelöscht werde; z. B. der Geschäftsinhaber verpflichtet sich seinem Lieferanten, seinem Vermieter, seinem Reisenden gegenüber, das Geschäft noch zehn Jahre zu betreiben und die Firma während dieser Zeit beizubehalten. Gibt er dieser Abmachung zuwider das Geschäft vorzeitig auf, so hat auf seinen Antrag die Löschung der Firma im Register zu erfolgen auf Grund der öffentlich-rechtlichen, also durch Privatabmachungen unberührten Vorschrift des § 31 Abs. 2 HGB. Behaupten nun der Lieferant, der Reisende, der Vermieter, die Löschung sei insofern zu Unrecht erfolgt, als der Inhaber tatsächlich das Geschäft noch jetzt betreibe, so können sie gegen diesen, als ihren Schuldner, auf Erfüllung klagen, d. h. darauf, daß er die Wiedereintragung der Firma bewirke; aber zu einer Beschwerde gegen die Löschungsverfügung des Registergerichts sind sie nicht legitimiert, weil der ihnen gegen ihren Vertragsgenossen zustehende privatrechtliche Anspruch für das Handelsregister garnicht besteht. Wie das Registergericht lediglich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts, also ohne jede Rücksicht auf vertragsmäßige Verpflichtungen, die Frage der Eintragung zu entscheiden hat, so kommen auch für das (an Stelle des Registergerichts obwaltende) Beschwerdegericht vertragsmäßige Rechte des Beschwerdeführers garnicht als ein „Recht" i. S. des § 20 FGG. in Betracht. Das Registergericht hat solche vertragsmäßige Rechte des Beschwerdeführers garnicht in den Bereich seiner Entschließung zu ziehen; folglich können sie auch nicht durch die Löschungsverfügung beeinträchtigt sein. Bei entgegengesetzter Auffassung wäre, da der Firmeninhaber mittelbar oder ausdrücklich bald dem Einen, bald dem Andern gegenüber die Verpflichtung zum Fortbetrieb seines Geschäfts, zur Beibehaltung seiner Firma, übernommen haben kann, der Kreis der zur Beschwerde gegen die Löschungsverfügung des Registergerichts Berechtigten geradezu unbegrenzt, was das Gesetz doch sicher nicht beabsichtigt hat.

5. Nach der herrschenden Ansicht umfaßt nun der § 20 FGG. zahlreiche einzelne materielle Rechte, so das Erbrecht, das Firmen- und Namenrecht, das Recht der elterlichen Gewalt usw.[7]). Dagegen vertritt Unger in ZZP. 36, 102—112 die Ansicht, das Gesetz verstehe unter Recht nur das Recht des im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Beteiligten auf richtige Besorgung seiner Angelegenheit, auf gerechte und sachgemäße Gestaltung und Abgrenzung seines Rechtskreises. Bei dieser Ansicht ist aber zu beachten, daß die Frage: wer denn an dem einzelnen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Beteiligte ist, sich doch wieder nur aus dem materiellen Recht beantwortet. Legt man diese Ansicht Ungers bei Entscheidung unserer Frage zu Grunde, so ergibt sich wieder, daß der bei der Löschung der Firma Beteiligte doch nur der eingetragene Firmeninhaber oder der ist, der das Recht zur Firmenführung für sich in Anspruch nimmt, wie besonders der Erwerber des Handelsgeschäfts (oben zu 1), nicht aber Dritte, über deren Rechte das Handelsregister Auskunft zu geben gar nicht bestimmt ist, deren Rechtsverhältnisse ganz außerhalb des Registers liegen. In die Rechte dieser geschieht durch die Löschung der Firma kein unmittelbarer Eingriff, keine Beeinträchtigung; sie sind bei der Angelegenheit der Firmenlöschung nicht beteiligt und sonach nicht beschwerdeberechtigt.

6. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach: Die Löschung einer Firma enthält einen unmittelbaren Eingriff in das Recht dessen, der für sich die Führung der Firma beansprucht; daher steht die Beschwerde gegen die Löschung dem Erwerber des Handelsgeschäfts zu, wenn der Veräußerer die Löschung der Firma erwirkt, obwohl er dem Erwerber das Recht zu deren Forführung übertragen hat. Dagegen wird durch die Löschung nicht das Recht der Gläubiger des Geschäftsin-

[7]) S. Josef a. a. O. Anm. 2 A zu § 20.

habers beeinträchtigt, insbesondere nicht das Recht Dritter, wie Lieferanten, Vermieter, Angestellte, die auf Grund eines zwischen ihnen und dem Firmeninhaber bestehenden Vertrags gegen diesen einen Anspruch haben, daß er die Firma beibehalte. Denn für das Registergericht kommen betreffs der An- und Abmeldung lediglich die Vorschriften des öffentlichen Rechts in Betracht, nicht die (zur Eintragung garnicht bestimmten) Rechte Dritter. In solche Rechte geschieht durch die Löschung der Firma kein unmittelbarer Eingriff, die Löschung bewirkt vielmehr nur allenfalls eine Erschwerung ihrer Geltendmachung.

Zum Recht des Rückgriffs des Versicherers auf den Schadensstifter, insbesondere bei der Unfallversicherung.

Bemerkungen zu den Entwürfen eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag von Landgerichtsrat **Dr. Marcus** in **Berlin.**

I. Die durch den Versicherungsvertrag dem Versicherer erwachsene Verbindlichkeit wird durch die etwaige Ersatzpflicht eines Urhebers des dem Versicherungsnehmer erwachsenen, zufolge der Versicherung vom Versicherer zu ersetzenden Schadens nicht berührt. Der Ersatzpflichtige seinerseits wird durch die Leistung des Versicherers von der gesetzlichen Haftung nicht befreit.

So erwachsen dem Versicherungsnehmer unter Umständen zwei Ansprüche auf Ersatz. Deren Geltendmachung auf Grund der von einander unabhängigen Fundamente des Versicherungsvertrages und der gesetzlichen bezw. Deliktshaftung des Dritten steht aber der Gedanke entgegen, daß die Versicherung niemals zur Bereicherung führen darf. Damit ist die Kumulation der gedachten Ansprüche zu Gunsten des Versicherungsnehmers ausgeschlossen und der Rückgriff des Versicherers, der Schadensersatz geleistet hat, in der Weise gerechtfertigt, daß er des Entschädigten Ansprüche gegen den Schadensurheber geltend machen darf.

Dies erkennt der mit dem 2. Entwurf hierin unverändert übereinstimmende neueste Entwurf in Gestalt der Vorlage des Gesetzes über den Privatversicherungsvertrag vom 29. April 1907 im § 67 grundsätzlich für das Recht der Schadensversicherung an:

„Steht dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen einen Dritten zu, so geht der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt." Mit dieser Bestimmung scheint die in der zivilistischen Dogmatik so viel erörterte, in ihrem Kern noch immer nicht geklärte Kategorie der s. g. gesetzlichen Forderungsübertragung (vgl. § 412 BGB.) um einen wichtigen Fall bereichert. Die Rechtsgestalt der s. g. notwendigen Zession i. S. § 255 BGB. ist aber jedenfalls damit abgelehnt. Die Begründung des Entwurfs läßt hierüber keinen Zweifel: „das Ziel, daß der Versicherer, nachdem er den Schaden ersetzt hat, in die Lage gebracht werden muß, die Rechte des Versicherungsnehmer gegen den dritten geltend zu machen, läßt sich entweder dadurch erreichen, daß der Versicherungsnehmer verpflichtet wird, seine Ansprüche gegen den dritten dem Versicherer abzutreten (§ 255 BGB.) oder in der Weise, daß der Übergang von Rechtswegen eintritt. Der letztere Weg entspricht der schon gegenwärtig in den beteiligten Kreisen herrschenden Auffassung." So ist das Verhältnis bei der Seeversicherung in § 804 Abs. 1 HGB. geregelt im Fall der Schadensversicherung, während — was die Begründung (amtl. Ausgabe S. 81) nicht erwähnt — nach §§ 805 und 837 Abs. 2 HGB. in den dort geregelten Fällen effektive Zession den Übergang der Rechte des Versicherten auf den Versicherer vermittelt.

Anlangend das bisher geltende Versicherungsrecht, so bestimmten bei der Feuerversicherung die allgemeinen Versicherungsbedingungen § 11 Abs. 3:

„Durch Zahlung der Entschädigungen gehen in Höhe derselben alle dem Versicherten gegen dritte zustehenden Rechte auf Schadensersatz für die versicherten Gegenstände von selbst auf die Gesellschaft über und sind ihr auf Verlangen schriftlich abzutreten, während z. B. die allgemeinen Bedingungen der neuen Policen bei der Unfallversicherung (vergl. Mancs; Versicherungswesen 1905, 282) abweichend bestimmen:

„Der Versicherte bezw. die Empfangsberechtigten sind verpflichtet, gegen Zahlung der Entschädigung Schadensersatzansprüche gegen dritte, die der Versicherte bezw. die Empfangsberechtigten aus einen Unfall haben, in Höhe dieser Enschädigung an die Gesellschaft abzutreten."

Mit der zitierten Bestimmung des zur neuen Beratung in der nächsten Session des Reichstags bestimmten Entwurfs — der Bericht der Reichstagskommission zur Beratung des zweiten Entwurfs vom 7. Dezember 1906 hat zu diesen Grundfragen des Rückgriffs keine Stellung genommen — ist nicht notwendig die Denkform des „gesetzlichen Forderungsüberganges" adoptiert, selbst soweit das Rückgriffsrecht des Versicherers als solches geregelt ist. Wie die Stellung der Bestimmung im 2. Abschnitt, der von der Schadensversicherung handelt,

erkennen läßt, ist der Rückgriff nicht allgemein anerkannt. Es wird daher zu untersuchen sein, ob das Rückgriffsrecht des § 67 ohne Weiteres auch bei der Unfallversicherung (§§ 179—185 Entw.) zu gelten haben wird, ob etwa der Entwurf im Hinblick auf die vertragliche Rückgriffsklausel, bei Berücksichtigung des gemeinbürgerlichen Rechts, besonders der §§ 255, 400, 412 BGB. § 850 ZPO. ergänzungsbedürftig ist, ein Punkt, der, auch neuerlich im „Recht" XI. Jahrg. S. 566/7 angeregt, besonders beachtenswert ist, da die bisherigen gesetzgeberischen Vorarbeiten ihn durchaus ignoriert haben.

II. Gegenüber den für das hier in Frage stehende Problem des Versichererregresses bisher geltenden Vertragsbestimmungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen, wie solche vorstehend mitgeteilt sind, kam, insoweit danach vertraglich schon das galt, was § 67 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs für die Zukunft von Gesetzeswegen regelt, d. i. der der Zessionvermittelung nicht bedürftige Uebergang des Anspruchs des Versicherungsnehmers gegen den dritten auf den Versicherer der § 255 BGB., der nicht den unmittelbaren, sondern den zessionsweise vermittelten Übergang für die auch gerade darunter fallenden Ersatzleistungen des Versicherers anordnet — vergl. Schulz Rückgriff und Weitergriff Breslau 1907, 7 — nicht in Betracht. Diese Bestimmung des BGB. käme künftig also nur insoweit das gesetzliche Rückgriffsrecht i. S. § 67 Entwurf nicht Platz griffe, zur Anwendung, sofern nicht, wie zu erwarten, die künftigen Versicherungsbedingungen den Grundsatz des § 67 Abs. 1 Satz 1 Entwurf generalisieren sollten als lex contractus. Denn dem stünde der Entwurf als Gesetz gedacht nicht entgegen. Zweifelsfragen in der oben angedeuteten Richtung wären aber auch dann noch konstruktiv und praktisch Tür und Tor geöffnet, sofern nicht Klarheit über die Tragweite des Prinzips des Rückgriffs, wie solches dem Versicherer zuzuerkennen, erzielt, die Rückgriffs- bezw. Ersatzforderung des Versicheres nicht vom Zessionsboden entfernt und auf eigener Grundlage aufgebaut wird. Dies ist aber notwendig, und hat auch Mattes, dem Verfasser der kurzen Erörterung im „Recht" (a. a. O.) wohl vorgeschwebt, wegen der tiefgreifenden Wirkungen der zitierten Bestimmungen des BGB. und der ZPO. Denn danach (§ 400 BGB.) kann eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist und dies gilt (§ 412 BGB.) auch für die Fälle der gesetzlichen Forderungsübertragung, also unsers § 67 Abs. 1 S. 1. Und (§ 850 ZPO.) der Pfändung sind entzogen die in § 844 BGB. erwähnten Geldrentenansprüche überhaupt sowie die des § 843 BGB. bis zum Betrag von 1500 Mk. Das sind aber gerade die auf dem Gebiete der Unfallversicherung für den Zugriff des Versicherers in Betracht kommenden Ansprüche, durch die dieser Deckung beim Schadensstifter sucht. So wurde Mattes in der gedachten verdienstlichen Anregung auf dem Boden der Erkenntnis, daß die Aufnahme der Regreßklausel in die Versicherungsbedingungen gerade bei der Unfallversicherung gerechtfertigt ist, zu dem Vorschlag geführt: als § 182 in den Entwurf etwa einzufügen „soweit nach den Versicherungsbedingungen die Schadensersatzansprüche des Versicherten gegen dritte aus dem Unfall, auf den Versicherer in Höhe der Entschädigung übergehn sollen, findet die Vorschrift des § 67 entsprechende Anwendung".

Dieser Vorschlag gutgemeint, trifft nicht den Kern der Sache, beseitigt auch nicht die Antinomieen zwischen dem herzustellenden Spezialgesetz und dem geltenden bürgerlichen und Vollstreckungsrecht in Gestalt der mitgeteilten hier interessierenden Bestimmungen. Auch die von Mattes gegebene theoretische Begründung des Rückgriffsanspruch des Versicherers aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag §§ 677 ff. BGB. ist verfehlt, weil auf unzutreffenden Gedanken beruhend. Der Versicherer kann bei der Ersatzleistung ohne Widerspruch mit dem Vertragsinhalt, der ihn dazu verpflichtet, nicht erklären, „er leiste in erster Linie zur Erfüllung der Ansprüche gegen den haftpflichtigen dritten für dessen Rechnung". Das wäre Fiktion, vgl. die gründliche oben zitierte Schrift von Schulz S. 12 ff. und speziell wegen der Versuche zur Erklärung des Regresses des Versicherers das daselbst S. 27 ff. Ausgeführte, das aber die hier erörterte Frage auch nicht erschöpft.

III. Dem charakterisierten Problem, insoweit die Unfallversicherung und der hierbei interessierende Versichererregreß in Frage kommt, gehen die Schriftsteller aus dem Wege, die solchen bei der Unfallversicherung überhaupt negieren: Schulz a. a. O. S. 60, 61.

Die dafür geltend gemachten Gründe, die Schulz sich ungeprüft aneignete, treffen nicht zu. Die Unfallversicherung hat, wie die Begründung S. 183 auch anerkennt, mit der Schadensversicherung und der Lebensversicherung Berührungspunkte. Der Unfall, gegen den versichert wird, ist seiner Natur nach schadenbringendes Ereignis im Sinne des Versicherungsrechts. Daß im Gegensatz zur Schadensversicherung bei der Unfallversicherung die Leistung des Versicherers von dem Eintritt eines tatsächlichen Schadens unabhängig gemacht ist, daß anderseits häufig an die hinterbliebenen oder dem Verletzten sonst nahestehende Personen bezweckt und Leistungen als Renten stipuliert werden — alles dies beseitigt

nicht grundsätzlich das Rückgriffsrecht des Versicherers bei dieser Versicherungsart — wie denn in den sozialpolitischen Versicherungsgesetzen das Regreßrecht der Versicherung absolut als Prinzip anerkannt ist.

Und das ist auch für das Recht der Unfallversicherung nach dem vorliegenden Entwurf zu fordern. Denn, wenn man unter Abstandnahme von allen Konstruktionsversuchen fehlerhafter Art, wie solche bislang die Doktrin beherrschten, statt des Gedankens des Forderungsüberganges den der gesetzlichen Ersatzansprüche setzt, auf der Idee beruhend, daß wer einen Schaden vergütet hat, der primair von dessen Urheber zu sühnen, von diesem insoweit entschädigt werden muß, als die Rechtsordnung Entschädigungsansprüche gegen den Schadensurheber anerkennt, braucht man beim Versichererregreß den Unfallversicherer von dem Rechtssatz des § 67 Abs. 1 Satz 1 nicht auszuschließen. Dies erhellt aus dem eigenen Konstruktionsversuch von Schulz a. a. O. S. 38, 39, der folgerichtig bei seiner zutreffenden Auffassung von der Rechtsnatur der Leistung des Versicherers, wie solche S. 35 a. a. O. entwickelt ist, den Rückgriff bei der Unfallversicherung nicht ablehnen durfte.

Denn allerdings der Versicherer zieht bei seiner Risikoübernahme den Rückgriff an den Unfallsurheber, soweit dessen Verantwortung zivilrechtliche Folgen hat, wohl in Berücksichtigung. Die Prämie ist wesentlich Äquivalent für die Vorschußleistung anstelle des Schadensstifters, steht dem Anspruch nicht entgegen. Daß die Regreßhaftung des Schadensurhebers nicht weiter reicht, wie die Schadensersatzpflicht gegenüber dem durch den Versicherer Entschädigten, erklärt sich nicht notwendig aus der Idee eines Rechtsübergangs, sondern daraus, daß die Haftung des Schadensstifters auf Ersatz an den Versicherer von vornherein gesetzlich begrenzt war, als Regreßhaftung nicht verändert werden kann. Deshalb kann aber auch der Ersatzberechtigte seinen Anspruch auch nicht zum Nachteil des Versicherers aufgeben: § 67 Abs. 1 Satz 3 Entwurf.

Da nun die theoretische Billigung der Natur des Rückgriffsanspruchs, wie solche hier verteidigt wird, nicht sicher ist, anderseits jenen uns seiner praktischen Wichtigkeit willen von Zweifel frei zu machen, höchst wünschenswert erscheint, wird der Entwurf über den Versicherungsvertrag in doppelter Richtung zu ergänzen sein, einmal durch die Bestimmung, daß auf die Unfallversicherung des Rückgriffsrechts des Versicherers gemäß § 67 Abs. 1 Satz 1 ausgedehnt wird und durch die fernere: Auf die Ansprüche des Versicherers auf Ersatz gegen den Schadensstifter finden die §§ 412, 400 BGB., 850 ZPO. keine Anwendung.

Diese Bemerkungen haben ihren Zweck erreicht, wenn sie vor der Befassung des Gesetzgebers mit dem neuesten Entwurf zur Nachprüfung desselben anregen in Hinsicht auf eine unseres Erachtens wichtige Lücke!

Die Zwangsvollstreckung in den Inhalt eines Kassenschrankfaches (Safes).

Von **Dr. Pricken**, Darmstadt.

Von den zahlreichen Streitfragen, die sich aus der rechtlichen Natur des Kassenschrankfachgeschäfts — dem Mieten und Vermieten von Safes — ergeben, interessiert die Praxis hauptsächlich die nicht selten notwendige Zwangsvollstreckung in den Inhalt eines Schrankfaches. Die sich hierbei zeigenden Schwierigkeiten waren denn auch die erste Veranlassung für die Rechtsprechung und später für eine umfangreiche juristische Literatur, sich mit der Rechtsnatur des Schrankfachvertrags befassen. Die ersten Urteile, die sich mit der Zwangsvollstreckung in den Inhalt eines Safes beschäftigen, sind die des RG. v. 12. 7. 93[1]) und v. 10. 7. 95[2]), sowie die Entsch. des KG. v. 24. 1. 94[3]) und v. 6. 2. 95[4]). Der Urteilstatbestand ist in allen Fällen der, daß der Schuldner bei einer Bank ein Schrankfach gemietet und sein Gläubiger den dem Schuldner gegen die Bank angeblich zustehenden Anspruch auf Herausgabe der in dem Safe niedergelegten Wertsachen gepfändet hat. Übereinstimmend erklären die drei zuletzt genannten Erkenntnisse eine Zwangsvollstreckung dieser Art, daß nämlich der dem Schuldner angeblich zustehende Anspruch auf Herausgabe der niedergelegten Wertgegenstände gepfändet wird, für unzulässig; denn, so heißt es in den Urteilsgründen, ein Herausgabeanspruch steht dem Kunden gegen die Bank aus dem Mietvertrage über ein Schrankfach nicht zu, sondern nur ein Recht darauf, daß die Bank, soweit es von ihr abhängt, dem Kunden das Fach zugängig macht und duldet, daß er nach seinem Belieben über den Inhalt des Faches verfügt. Wie allerdings die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, ist in den angeführten Urteilen nicht ausgesprochen.

Die hiernach von den Untergerichten unrichtigerweise angenommene Möglichkeit der Pfändung eines

---

[1]) Lisiecki und Drewes, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen in der Praxis des Amtsgerichts I zu Berlin. Berlin 1896, 165.

[2]) Bolze, Pr. in Zivils., 21, 210.

[3]) W. für Aktienrecht und Bankwesen, 3. Jahrg. 103.

[4]) Pinner in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des KG. 6. Jahrg. Nr. 6, 1895, 65.

Herausgabeanspruches führt Petscheck[5]) als Beispiel des „perplexen Verfahrens" an, worunter er ein Fehlgreifen des Richters in den Exekutionsmitteln versteht, veranlaßt durch Unklarheiten über den Charakter des in Exekution zu ziehenden Rechtes oder durch andere Rechtsirrtümer. Gaupp-Stein[6]), der die Frage der Zwangsvollstreckung in ein Schrankfach streift, unterscheidet mit Recht, da der Fachinhalt nicht im Alleinbesitz des Schuldners, sondern im Mitgewahrsam der Bank steht, ob die Bank zur Herausgabe des Fachinhaltes bereit ist oder nicht. Ist sie zur Herausgabe bereit, — wenn sie selbst keine Ansprüche gegen den Kunden hat, wohl die Regel, — so vollzieht sich die Vollstreckung, nach den §§ 809, 808 ZPO. in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher den Fachinhalt in Besitz nimmt, was keine Schwierigkeiten hat, wenn der Schuldner seinerseits dem Gerichtsvollzieher bei der Öffnung des Safes seine Mitwirkung nicht versagt. Wirkt aber der Kunde beim Öffnen nicht mit, so muß der Gerichtsvollzieher zunächst versuchen, den Schlüssel des Kunden im Wege der Zwangsvollstreckung zu erlangen; hat er hierbei keinen Erfolg, so ist das Verfahren einzuschlagen, das die Mietbedingungen für den Fall vorsehen, daß ein Kunde seine Schlüssel verloren hat, d. h. es muß entweder ein Nachschlüssel angefertigt oder das Fach mit Gewalt geöffnet werden. In allen Fällen werden die für einen Kunden oder Bevollmächtigten vorgeschriebenen Ausweise durch den vollstreckbaren Titel in Händen des Gerichtsvollziehers ersetzt.

Wie aber gestaltet sich das Verfahren, wenn die Bank zur Herausgabe, d. h. zur Mitwirkung bei der Herausgabe nicht bereit sein sollte? Nach Gaupp-Stein ist den Bestimmungen des § 857 ZPO. entsprechend vorzugehen. Aus der Heranziehung dieser Gesetzesvorschrift folgt zuächst, daß der nach Ansicht des Reichs- und Kammergerichts bestehende oben erwähnte Anspruch eines Kunden an die Bank auf deren Mithilfe beim Öffnen des Safes und Duldung der Verfügung über seinen Inhalt von Gaupp-Stein als ein „Vermögensrecht" aufgefaßt wird. Dieser Auffassung muß beigetreten werden, denn der Anspruch des Kunden hat ebenso, wie der Anspruch aus jedem anderen Mietvertrage einen Vermögenswert. Gepfändet wird also, wie Marcus[7]) sagt, „das ius tollendi des Kunden und der Anspruch auf Duldung der Ausübung desselben," nicht aber das Mietrecht selbst; denn dieses ist den „Mietbestimmungen" zufolge unübertragbar und deshalb auch nach § 851 ZPO. unpfändbar.

Dies vorausgeschickt, ist festzustellen, daß sich die Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt nach § 857 ZPO. in der Weise abspielt, daß der Gläubiger sich einerseits den mehrfach erwähnten Anspruch des Kunden gegen die Bank zur Ausübung überweisen läßt, daß weiter dem Kunden die fernere Ausübung seiner Vertragsrechte untersagt, sowie daß endlich der Bank verboten wird, etwaigen Ansprüchen des Kunden in Bezug auf das Schrankfach zu entsprechen. Jedoch ist mit dieser Anspruchspfändung die Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt noch nicht erschöpft. Dieser muß dem Kunden vielmehr auch entzogen werden, was in derselben Weise geschieht, wie es oben geschildert wurde. (Wegnahme des Schlüssels, eventuell gewaltsame Fachöffnung.)

In Besitz des Gerichtsvollziehers gelangt, wird mit der Sache gemäß §§ 847, 814 ZPO. verfahren.

Die hier im Anschlusse an Gaupp-Stein vertretene Ansicht macht die von Bondi[8]) vorgeschlagene Maßregel, Ernennung eines Verwalters zur Ausübung der Ansprüche des Kunden gegen die Bank entsprechend den Bestimmungen in § 857,3 ZPO. unnötig, was um deswillen zu begrüßen ist, „da es sich nicht um ein Recht handelt, das dauernd ausgeübt werden soll[9])." Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers ist vielmehr mit der Besitznahme des Fachinhaltes erschöpft.

Eine dritte Möglichkeit (bisher war angenommen, die Bank ist zur Herausgabe bereit oder nicht bereit) ist die, daß die Bank sich weigert, dem Gerichtsvollzieher gegenüber ihre Vertragspflichten zu erfüllen. In diesem Falle muß der Gläubiger unter Streitverkündung an den Schuldner gemäß § 841 ZPO. auf Gewährung der verweigerten Mitwirkung bei der Fachöffnung klagen und eventuell seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen[10]).

Sicherlich nicht zu billigen ist die Heinrici'sche[11]) Ansicht, daß eine Zwangsvollstreckung in den Inhalt des Schrankfaches für den Fall des Vorliegens eines Mitbesitzverhältnisses an dem Inhalte praktisch überhaupt undurchführbar sei. Ein Mitbesitz der Bank und des Kunden kann heute wohl kaum noch geleugnet werden[12]) und es heißt den tatsächlichen Verhältnissen Gewalt antun, wenn man wie Heinrici

[5]) Petscheck, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österreichischem Rechte, Wien 1901, 38.

[6]) Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO. für das Deutsche Reich, 6. Aufl., zu § 808[5].

[7]) Marcus, Bemerkungen über die rechtliche Natur des Schrankfach-(safe)Vermietungsvertrags in Holdheims MSchr. 13. Jahrg. Nr. 4, 1904, 255.

[8]) Bondi im SächsArch. Bd. 13., Jahrg. 1903 Heft 1 und 2, S. 13.

[9]) Wimmer, Das Kassenschrankfach-Geschäft. Diss. Leipzig 1907, 52.

[10]) Bondi, vgl. oben Anm. 8, S. 14.

[11]) Heinrici in GruchotsBeitr. 44. Jahrg. Heft 6, 1900, 833.

[12]) Zu der Frage nach den Besitzverhältnissen am Schrankfach und seinem Inhalt vgl. insbesondere Wolff, Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB. in IheringsJ. 2. Folge, Bd. 8 Jahrg. 1902, S. 150, Anm. 15 und S. 157 ff.

zur Durchführung der Zwangsvollstreckung den Kunden als unmittelbaren, die Bank aber als mittelbaren Besitzer des Fachinhalts auffaßt. Die Zwangsvollstreckung soll dann nach Heinrici in der Weise erfolgen, daß der Gerichtsvollzieher von dem Fachinhalte direkt Besitz ergreift, wobei die Bank ohne weiteres als zur Mitwirkung bei der Öffnung des Faches verpflichtet angesehen wird. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung, die ein positives Handeln eines unbeteiligten Dritten verlangt, ist jedoch ebenso unbegründet, wie das Leugnen des Bestehens eines Mitbesitzverhältnisses.

Die nach den zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen unrichtige Auffassung von der Möglichkeit einer Pfändung des angeblich bestehenden Herausgabeanspruches des Kunden gegen die Bank wird noch von Düringer-Hachenburg[13]), Pinner[14]), Bernt[15]), Riesser[16]), Düringer[17]) und Wettstein[18]) geteilt.

Vom Reichsgericht.

Aus der handelsrechtlichen Praxis.

Flußversicherung. Die Übernahme der havarierten Ware zum Fakturenpreise durch den Versicherer ist eine Art der Schadensregulierung. In solcher Übernahme liegt daher ein rechtswirksames Anerkenntnis der Schadensersatzansprüche des Versicherten.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 22. Juni 1907. 467. 06.

* * *

Aktiengesellschaften. § 31 BGB. findet auf Aktiengesellschaften Anwendung.

Urt. des RG. I. ZivSen. vom 8. Juni 1907. 334. 06.

* * *

Zulässigkeit der Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage einer Kalibohrgesellschaft (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) 1) daß die Anteile der mit der Zahlung einer ausgeschriebenen Zubuße säumigen Mitglieder verfallen, 2) daß ungeachtet des Verfalls die Verpflichtung zur Entrichtung der rückständigen Zubuße bestehen bleibt.

Urt. des RG. I. ZivSen. v. 18. September 1907. 572. 06.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 705, 707 und 826 BGB. sowie der Grundsätze über Auslegnng von Verträgen. Die Angriffe sind nicht begründet.

Nicht zuzugeben ist der Revision, daß die Bestimmung im § 7 der neuen Satzungen über den Verfall der Gesellschaftsanteile unzulässig sei, weil sie gegen die Zwecke der Gesellschaft, namentlich aber gegen die guten Sitten verstoße. Wie durch diese Kaduzierungsbestimmung, welche gerade die Durchführung der gesellschaftlichen Aufgaben ermöglichen soll, gegen die Zwecke der Gesellschaft verstoßen sein könnte, ist ganz unerfindlich. Aber auch von einer Verletzung der guten Sitten kann nicht die Rede sein. Es genügt der Hinweis darauf, daß in gleicher Weise, wie dies hier durch die Satzung vorgesehen ist, auch das Gesetz selbst Kaduzierungsfälle kennt, so im § 219 HGB. für Anteilsrecht und bereits geleistete Einzahlungen des Aktionärs, der den eingeforderten Betrag seiner Aktienzeichnung nicht rechtzeitig zahlt, in § 21 des Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H. für den Geschäftsanteil und die bisherigen Teilzahlungen des Gesellschafters beim Ausbleiben der Einzahlung des auf seine Stammeinlage eingeforderten Betrages. Etwas Unsittliches kann daher in diesem Mittel, auf die Leistung der vom Gesellschafter geschuldeten Beiträge einzuwirken, nicht liegen und es ist nicht einzusehen, warum es nicht auch außerhalb der gesetzlichen Fälle durch Bestimmung des Gesellschaftsvertrages sollte eingeführt werden können. Die Revision meint aber, daß es jedenfalls die Grenzen des Zulässigen überschreite, wenn nach § 7 der Satzungen trotz des Verlustes der Mitgliedschaft und des Gesellschaftsanteils infolge des Verfalls doch noch die rückständige Zubuße von dem ausscheidenden Gesellschafter solle verlangt werden können. Auch darin kann der Revision nicht Recht gegeben werden. Zwar trifft es nicht zu, daß, wie der Revisionsbeklagte entgegengehalten hat, diese Frage vorliegend gegenstandslos wäre, weil es sich im Prozesse nicht um die Einforderung der rückständigen Zubuße handelt. Dieser Einwand verkennt, daß die Kaduzierungsbestimmungen als eine Einheit aufzufassen sind, und daß daher schon die Unzulässigkeit einer Teilbestimmung deren Gültigkeit im ganzen entgegenstehen würde. Materiell aber ist der Angriff der Revision verfehlt. Allerdings ist es richtig, daß nach dem PrBergG. v. 24. 6. 65, § 130, worauf die Revision hinweist, dem Gewerken, der auf Zahlung seines Beitrags verklagt ist, die Befugnis zusteht, Ver-

---

[13]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 97, Mannheim, 1901, 497.

[14]) Pinner, vgl. oben Anm. 4, S. 66.

[15]) Bernt, in den BlGenossW. 1907, Nr. 4. S. 45.

[16]) Riesser, Das Bankdepotgesetz v. 5. 7. 96, 2. Aufl. Berlin 1906, 17.

[17]) Düringer im Bankarchiv, 5. Jahrg. Nr. 6, 1905, 69.

[18]) Wettstein, Das Kassenschrankfach-Geschäft (coffre-fort). 2. Ausgabe, Zürich 1905, 31.

urteilung und Exekution dadurch abzuwenden, daß er unter Überreichung des Kurscheins den Verkauf seines Anteils behufs Befriedigung der Gewerkschaft anheimstellt. Diese Bestimmung kann aber nach § 133 das. durch Vereinbarung ausgeschlossen werden und stellt sich daher keineswegs als eine Vorschrift dar, die auf zwingenden Gründen der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung beruht und woraus Folgerungen gegen die Zulässigkrit einer abweichenden Regelung gezogen werden könnten. Daß aber die Fortdauer der Einzahlungsverpflichtung neben dem Verfalle der Gesellschaftsanteile, wie § 7 der Satzungen bestimmt, nicht gegen die guten Sitten verstoßen kann, ergibt sich auch positiv daraus, daß das HGB. und das G. betr. die Gesellschaften m. b. H. an den oben angeführten Stellen die Haftung des Aktionärs und des Gesellschafters trotz der Kaduzierung in weitem Umfange fortbestehen läßt.

Ob es mit Rücksicht auf das Datum der Errichtung der Gesellschaftssatzungen zutreffend war, die Rechtsverhältnisse der beklagten Gesellschaft, wie die Vorinstanzen getan haben, nach dem neuen Rechte, §§ 705 ff. BGB., zu beurteilen, kann dahingestellt bleiben; denn auch bei Anwendung des alten Rechts, als welches hier nur das PrALR. in Betracht kommen könnte, würde man die für die Entscheidung erheblichen Fragen nicht anders zu beantworten haben.

* * *

1) Ein Garantieversprechen ist in der Vereinbarung einer Vertragsstrafe regelmäßig nicht zu erblicken. 2) Verfällt die Vertragsstrafe, die auf Zuwiderhandlungen gegen eine auf mehrere Jahre vereinbarte Bierbezugsverpflichtung festgesetzt ist, wenn der Wirt innerhalb dieser Zeit ohne sein Verschulden (wegen fortdauernder Unterbilanz u. s. w.) genötigt wird, den Wirtschaftsbetrieb aufzugeben.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 25. Juni 1907. 93. 07.

Der Kläger, ein Wirt, der unter einer Vertragsstrafe sich verpflichtet hatte, für mehrere Jahre seinen Bierbedarf ausschließlich von der Beklagten zu beziehen und während dieser Zeit beim Verkauf der Wirtschaft den Eintritt des Käufers in diese Verpflichtung auszubedingen, begehrte die Feststellung, daß er berechtigt sei, vor Ablauf der Vertragszeit den Wirtschaftsbetrieb aufzugeben, sowie die Wirtschaftsräume in einen Laden zu verwandeln, und daß der Beklagten aus diesem Grunde ein Recht auf Zahlung der Vertragsstrafe nicht zustehe. Begründet wurde die Klage mit der Behauptung, daß der Wirtschaftsbetrieb sich nicht lohne, da er seit dessen Bestehen einen jährlichen Geschäftsverlust von 2000 Mk. gehabt habe und seiner kranken Frau die Beschäftigung in der Wirtschaft ärztlich untersagt sei. Die I. und II. Instanz wiesen die Klage ab, das RG. hob auf. Aus den Gründen:

Auch wenn man der Auslegung des Berufungsrichters (trotz des Wortlautes des Vertrages) folgt daß unter die Strafbestimmung auch die Aufgabe der Gastwirtschaft durch den Kläger hat miteinbegriffen sein und die Strafbestimmung alle Fälle hat umfassen sollen, in denen durch das Verhalten des Klägers der Bierbezug aus der beklagten Brauerei in Wegfall komme, so erscheint die von dem Berufungsrichter ausgesprochene Klageabweisung bei der Lage der Sache dennoch nicht gerechtfertigt. Auch wenn der Vertrag in dem bezeichneten Sinne auszulegen ist, so würde damit nur festgestellt erscheinen und daraus ohne weiteres nur gefolgert werden können, daß eine willkürliche Aufgabe der Wirtschaft von Seiten des Klägers, ein schuldhaftes Verhalten desselben, die Verwirkung der Strafe herbeiführen solle. Denn ein Garantieversprechen ist in der Vereinbarung einer Vertragsstrafe regelmäßig nicht zu erblicken, und regelmäßig verfällt eine solche nur bei Verzug, also einem Verschulden des Leistungspflichtigen (§ 339, § 285 BGB.). Daß aber im vorliegenden Falle die Absicht der Parteien bei Abschluß des Vertrages auf Einhaltung desselben ohne Rücksicht auf ein Verschulden und darauf gerichtet gewesen ist, daß Kläger ungeachtet aller eintretenden Umstände unentwegt seinen Geschäftsbetrieb fortzusetzen habe, selbst dann, wenn er bei dem Betriebe jedes Jahr eine erhebliche Unterbilanz erleide (und der Hilfe seiner Frau im Geschäftsbetriebe verlustig gehe), ist vom Berufungsrichter nicht festgestellt. Ist aber schon an sich nicht ohne weiteres anzunehmen, daß die Parteien für den Fall dauernden Geschäftsrückganges auf Seiten des Klägers und der Unmöglichkeit, ein irgend wie in Betracht kommendes Quantum zu beziehen, die Strafbestimmung des Vertrages habe gelten lassen wollen (vgl. Entsch. des RG., JW. 1904, 139, Nr. 4), so kommt hier noch hinzu, daß in dem Vertrage selbst gesagt ist, dte Strafe werde am Tage des Vertragsbruchs fällig, daß in dem Vertrage selbst also von einer, von dem Kläger (nach § 276 BGB.) zu vertretenden, schuldhaften Zuwiderhandlug gegen die vertraglich übernommenen Pflichten ausgegangen zu sein scheint (wie es z. B. die willkürliche Aufgabe des Geschäfts sein könnte).

* * *

Der im Lieferungsverzug befindliche Verkäufer kann aus der durch seinen Verzug geschaffenen Lage auch einem vermögenslosen Käufer gegen-

über nicht ein Recht darauf herleiten, statt der Lieferung nur Schadensersatz zu leisten.

Urt. des II. ZivSen. v. 17. September 1907. 131. 07.

Die im Verzuge befindliche, beklagte Verkäuferin, machte gegen den Lieferungsanspruch des Käufers geltend, daß das Verlangen des Klägers, eine Ware zu erhalten, die jetzt — um 25% — weniger als zur Zeit des Kaufabschlusses wert sei und die er nur mit Verlust weiter verkaufen könne, gegen Treu und Glauben verstoße; der Kläger möge eventuell Schadenersatz fordern, aber sie brauche dem vermögenslosen Manne nicht ohne Sicherheit für ca. 4000 Mk. Ware anzuvertrauen, für die er noch keine Käufer habe; der Kläger sei inzwischen, nach dem Erlaß des Urteils erster Instanz wegen der Forderung einer anderen Firma fruchtlos gepfändet; bei der Geschäftsverbindung der Parteien sei Voraussetzung gewesen, daß der Kläger die Ware zur Erfüllung von seinerseits bereits abgeschlossenen Verkäufen verwende; dieser Vertragsabsicht der Parteien entspreche es nicht, wenn der Kläger eine entwertete Ware verlange, für die er keine Abnehmer habe. —

Die Beklagte wurde mit diesem Einwande nicht gehört. Das Revisionsurteil sagt hierüber: Der Kläger hatte von der Beklagten näher bestimmte Sämereien gekauft und zwar von der Ernte des Jahres 1905. Zur Zeit der Klageerhebung stand der Lieferung dieser bestimmten Sämereien des Jahres 1905 jedenfalls nichts entgegen, und es ist nicht abzusehen, warum damals diese Lieferung vom Kläger nicht hätte verlangt werden sollen. Die Einwendungen der Beklagten stützten sich denn auch, insbesondere, was die angebliche Entwertung der Ware anlangt, nicht sowohl auf die Zeit der Klageerhebung als vielmehr auf eine spätere Zeit, nämlich darauf, daß nachher während des Schwebens des Rechtsstreites und als die Beklagte schon lange im Verzuge war, — die Ware an Wert (um 25%) verloren gehabt habe und die Zeit der Aussaat vorübergegangen sei. Diese Tatumstände sind nicht geeignet, den Anspruch des Klägers auf Lieferung hinfällig zu machen. Hat die Ware an Wert verloren gehabt oder ist sie infolge des Vorübergehens der Zeit der Saat schwerer absetzbar geworden, so ist dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Verzug der Beklagten in der Lieferung der Ware zufolge jener Umstände entstandenen Schadens erwachsen; sein Anspruch auf Lieferung ist dadurch aber in keiner Weise berührt. Aus dem Verzuge der Beklagten konnten ihr nicht Rechte erwachsen, und ihr Verzug konnte sie nicht von ihrer Lieferungspflicht befreien, die vielmehr nach wie vor dahin besteht, dem Kläger die von ihm gekaufte Ware in vertragsmäßiger Beschaffenheit zu übergeben. Stellt sich demgemäß heraus, daß Ware in der bedungenen Beschaffenheit von der Beklagten nicht mehr geliefert werden kann, (oder nicht geliefert wird), so wird Kläger dann berechtigt sein, Schadensersatz, — sei es wegen der Nichtlieferung, wegen Lieferung minderwertiger Ware oder auch wegen verspäteter Lieferung, — zu fordern, dieses kann aber den Kläger nicht verpflichten, schon jetzt von seinem zur Zeit der Klageerhebung berechtigten Verlangen abzustehen und ein Klagebegehren statt auf Erfüllung durch Lieferung auf Schadensersatz zu richten. Daß, wenn der Kläger bei der erhobenen Klage beharrt, dabei ein schikanöses, gegen Treu und Glauben verstoßendes Gerhalten des Klägers obwaltet, ist von den beiden Vorderrichtern ohne Rechtsirrtum verneint worden. Das Vorbringen der Beklagten, Voraussetzung der Geschäftsverbindung der Parteien sei gewesen, daß Kläger die Ware zur Erfüllung von seinerseits bereits abgeschlossenen Verkäufen verwende und dieses nicht mehr statthaben könne, wenn der Kläger eine entwertete (nämlich eine im Preise um 25% gesunkene) Ware verlange, für die er keine Abnehmer habe, erledigte sich schon damit, daß die Beklagte die Folgen ihrer Handlungen, ihres Verzuges, selbst zu vertreten hat, sie aber selbst nicht behauptet, daß der Kläger, wenn sie die Ware zu der gehörigen Zeit geliefert hätte, nicht in der Lage gewesen wäre, der Voraussetzung der Geschäftsverbindung entsprechend die Ware zur Erfüllung der von ihm abgeschlossenen Verkäufe zu verwenden und sich so durch den Weiterverkauf die Mittel zur Bezahlung des Kaufpreises zu verschaffen. Ist zudem die vertragsmäßige Ware jetzt, wie die Beklagte behauptet, um 25% weniger wert, so hindert das nicht ihre Absetzung an sich, sondern nur ihre Absetzung zu den früheren Preisen, was wiederum, wie jede Erschwerung in der Absetzung, von der Beklagten, als von ihr schuldhaft herbeigeführt, zu vertreten ist.

* * *

1) Kann der Vertrag über Lieferung von Herden für einen Neubau, auch wenn der Verkäufer deren Aufstellung und Installation übernommen hat, als Kaufvertrag angesehen werden? 2) Kaufmannseigenschaft eines Baumeisters. Sind die Abschlüsse über Anschaffungen für ein von solchem Baumeister errichtetes Zinshaus nach der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. auf seiner Seite Handelsgeschäfte? 3) Welche Geschäfte trifft die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB.? Zur Entkräftung dieser Vermutung ist erforderlich, daß das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe des Kaufmanns hat.

Urt. des RG. II. ZivSen. v. 1. Okt. 1907. 122. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Berufungsrichter kennzeichnet den Vertrag als einen Kaufvertrag. Die von der Beklagten

vertragsmäßig vorzunehmende Aufstellung und Installation der von ihr gelieferten acht Herde in dem Neubau des Klägers erachtet der Berufungsrichter als eine von der Beklagten als Verkäuferin übernommene Nebenverpflichtung.

Der Berufungsrichter hat seiner Auffassung keine besondere Begründung gegeben. Diese Begründung ist aber ohne weiteres in den tatbeständlichen Feststellungen enthalten. Nach diesen handelte es sich um Herde gewöhnlicher Art, wie solche für hochherrschaftliche Wohnungen beschafft werden; die Herde sollten den von einer anderen Firma dem Kläger gelieferten Herden gleichkommen, aber praktischer und schwerer gearbeitet sein und einen erhöhten Bratofen besitzen. Die Herde waren also weder einem bestimmten Raum angepaßt, noch wurde von ihnen eine individualisierte Leistung gefordert. Die zur Herstellung nötige Arbeit trat völlig gegenüber der Pflicht zur Lieferung von Herden eines gewissen Typs zurück. Es waren also vertretbare Sachen im Sinne des § 91 BGB. von der Beklagten zu liefern. Es durfte der Berufungsrichter daher in diesem Falle mit Recht annehmen, es sei die Aufstellung und Installation der Herde im Verhältnis zur Lieferung bloße Nebenleistung. Denn der Vertrag ging nicht auf bewohnbare Herrichtung des Neubaus sondern auf Lieferung von Herden, die in dem Neubau aufzustellen waren. Ob die Herde dadurch Bestandteile wurden, ist für die rechtliche Beurteilung gleichgültig. Somit hat der Berufungsrichter sich mit Recht für Annahme eines Kaufvertrages entschieden. Der Kauf war auch ein beiderseitiges Handelsgeschäft. Beide Teile sind Kaufleute; insbesondere ist das Gewerbe des Klägers*) ein Handelsgewerbe nach § 2 des HGB., weil seine Firma eingetragen ist, und sein Unternehmen nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte. Die Anschaffungen der Herde sind ferner gemäß der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. als Anschaffungen anzusehen, die im Handelsbetrieb des Klägers zur Benutzung und zum Gebrauch erfolgten.

Der Kläger erachtet zwar in seiner Revisionsbegründung die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. dadurch für zerstört, daß er das Haus als Rentenhaus, also nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes, und zudem gemeinschaftlich mit zwei Nichtkaufleuten erbaut und eingerichtet habe; allein die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. trifft auch solche Geschäfte die, für sich betrachtet, nicht in den Gewerbebetrieb des Kaufmanns fallen würden. Daß die Geschäfte eine unbewegliche Sache betreffen, ist nicht ausschlaggebend. Zur Entkräftung der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. ist erforderlich, daß das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe des Kaufmannes hat; vergl. die Beispiele bei Staub 8. Auflage. § 344 Anm. 3. Hier ist aber die Beziehung zum Handelsgewerbe des Klägers unmittelbar gegeben; denn der Anspruch des Beklagten ist aus dem handelsgeschäftlichen Verkehr mit der Firma des Klägers entstanden. Welche Zwecke der Kläger weiterhin verfolgte, ob er das Haus als Zinshaus mit andern einrichten oder mit dem Haus spekulieren wollte, ist bei dieser Sachlage unerheblich. War danach ein beiderseitiger Handelskauf vorhanden, so kann der Kläger Gewährleistungsansprüche nur gelten machen, wenn er die im § 377 HGB. vorgeschriebene Mängelrüge nicht versäumte.

*) Kläger ist Baumeister.

* * *

1) Abänderbarkeit der Bestimmungen des § 326 BGB. durch Vertrag. 2) Auch wenn in einem Vertrage die Setzung einer Nachfrist vorgesehen ist, kann in der Regel von dieser abgesehen und sofort Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden, falls der Schuldner bestimmt und endgültig die Erfüllung geweigert hat.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 1. Okt. 1907. 171. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Berufungsrichter geht, wie einem Bedenken nicht unterliegen kann, zutreffend davon aus, daß der § 326 BGB. dispositives Recht enthalte und die Parteien daher die dort gegebenen Recht erweitern, beschränken oder durch andere ersetzen können. Die Auslegung des zwischen Parteien geschlossenen Vertrages v. Februar 1903 seitens des Berufungsrichters dahin, daß nach dem Willen der Kontrahenten die in dem Vertrage gegebenen Rechte an Stelle der in § 326 vorgesehenen Rechte haben treten sollen, bewegt sich auf tatsächlichem Gebiet. Dasselbe gilt von der weiteren Ausführung des Berufungsrichters, der § 6 des Vertrages bestimme die Folgen der Nichtabnahme der festgestellten Warenmenge und zwar gewähre er den L.-Motorwerken das Recht des Rücktritts für die noch nicht abgelaufene Vertragszeit und den Anspruch auf Erfüllung für die Vergangenheit. Der Berufungsrichter konnte auf Grund dessen auch ohne Rechtsirrtum annehmen, daß den L'Werken ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Minderabnahme im zweiten Vertragsjahre nicht zustehe. Wenn nun aber auch die L'Werke wegen der Minderabnahme im zweiten Jahre nicht auf Schadensersatz klagen konnten, ihre Rechte vielmehr (zunächst) auf nachträgliche Erfüllung des Vertrages, nämlich dahin gingen, der Beklagten eine Frist von einem Jahre zu stellen, „binnen welcher Zeit" die Beklagte „das rückständige

Quantum abzunehmen hat", so schloß dieses doch nicht einen Schadensersatzanspruch der L'Werke überhaupt aus; ein solcher konnte diesen vielmehr auch nach den von dem Berufungsrichter getroffenen Feststellungen dann erwachsen, wenn die Beklagte auch nach Stellung der Nachfrist von einem Jahre binnen dieses Jahres das rückständige Quantum nicht abnahm. Das RG. hat in feststehender Rechtsprechung zu § 326 BGB. angenommen, daß es der Setzung der dort vorgesehenen Frist nicht bedürfe, wenn der Schuldner die Erfüllung bestimmt und endgültig verweigert habe. Dasselbe wird regelmäßig gelten müssen, wenn in einem Vertrage die Setzung einer Nachfrist zur Erfüllung vorgesehen ist; auch hier wird im Regelfalle die Fristsetzung sich erübrigen, wenn der Schuldner bestimmt und endgültig die Erfüllung verweigert und durch sein Verhalten des Deutlichsten dargetan hat, daß er auf die Fristsetzung keinen Wert lege und er überhaupt nicht erfüllen wolle. Demgemäß hätte der Berufungsrichter, der irgend etwas von dem Regelfalle Abweichendes für die vorliegende Sache nicht festgestellt hat, prüfen müssen, ob hier eine derartige Erfülluugsverweigerung seitens der Beklagten vorliegt. In diese Prüfung ist er aber, wie von dem Revisionskläger mit Recht gerügt ist, nicht eingetreten, obwohl die klägerische Gesellschaft ausdrücklich geltend gemacht hatte, daß es hier der Setzung der Frist von einem Jahre zufolge Schreibens der Beklagten v. 26. 7. 04 und zufolge des gesamten übrigen Verhaltens der Beklagten, die schon im letzten Vertragsjahre jede vertragsmäßige Tätigkeit für die L'Motorenwerke unterlassen habe, nicht bedurft habe.

* * *

Beim Sukzessivlieferungskauf kann der Käufer jedenfalls dann, wenn der Käufer sich ernstlich und endgültig vom ganzen Vertrage lossagt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages beanspruchen.

Urt. des RG. II. ZivSen. vom 4. Juni 1907. 57. 07.

Aus den Gründen des Revisionsurteils.

Hat der Beklagte sich durch das Schreiben v. 16. 7. 02 unberechtigterweise ernstlich und endgültig von dem ganzen Vertrage losgesagt, so konnte daraus das Berufungsgericht ohne rechtlichen Verstoß ableiten, daß dem Kläger der beanspruchte Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags im Sinne des § 326 Abs. 1, Satz 2 zustehe. Bei der in solchem Falle gegebenen Sachlage ist auch nicht nötig, zu der in neuerer Zeit mit besonderem Nachdrucke vertretenen Auffassung Stellung zu nehmen, daß beim Sukzessivlieferungsvertrag der Verzug mit einer Rate die Rechte aus § 326 Abs. 1, Satz 2 für den ganzen Vertrag nur beim Nachweise eines besonderen Interesses zu rechtfertigen vermöge. Denn auch die Vertreter der letzteren Auffassung knüpfen die gedachten Rechte für den ganzen Vertrag an das ernstliche und unberechtigte Sichlossagen vom ganzen Vertrage.

Aus der Praxis des Handelsregistergerichts.

1. Hat der Registerrichter bei der Anmeldung der Prokurenbestellung einer Aktiengesellschaft ein Prüfungsrecht, ob bei jener die satzungsmäßige Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt war? 2. Einfluß der erfolgten Prokureneintragung beim Gericht der Hauptniederlassung auf die Entscheidung des Richters der Zweigniederlassung.

1. Die überschriftlich geformelte Frage, in der Literatur vorwiegend verneinend beantwortet — vgl. Staub = Pinner Komm. 8 Aufl. 1, 808 Anm. 8 — wird in der Praxis des Berliner Registergerichts zur Beschwernis der Aktiengesellschaften bejaht auf Grund der Entsch. des KG. KGJ. 22 a, 211. Daß deren Gründe nicht überzeugend, ist im zit. Komm. a. a. O. dargelegt. Es wird verkannt der Unterschied zwischen Rechtsgültigkeit eines anmeldepflichtigen Aktes und Satzungsmäßigkeit desselben. Letztere zu prüfen ist grundsätzlich der Registerrichter nur insoweit berufen, als in dem Abschnitt über die Aktiengesellschaften dem Gesellschaftsvertrag ergänzende oder abändernde Macht eingeräumt ist. Wo dies nicht der Fall, sind die gesetzlichen Bestimmungen absolute. Diesen Charakter hat § 238 Satz 2 HGB., welcher bestimmt, daß Beschränkungen des Vorstandes kraft seiner Vertretungsmacht, Prokuristen zu bestellen, durch ein statutarisches Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats dritten gegenüber keine Wirkung hat. Denselben Charakter hat § 235 Abs. 2 Satz 1 HGB., demgegenüber jene Bestimmung sich lediglich als Anwendung des Prinzips auf den Sonderfall der Prokurenbestellung darstellt.

Der Registerrichter hat grundsätzlich kein Kontrollrecht darüber daß der Vorstand seine satzungsmäßigen Befugnisse innehält, deshalb auch das Recht der Prüfung, ob Anmeldungen des Vorstands dem Statute entsprechen nur insoweit, als das Gesetz auf den Gesellschaftsvertrag verweist. Denn für die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft gilt nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern das Gesetz an erster Stelle als maßgebend: RGZ. 65, 92. Demgemäß ist der Entsch. des KG. nicht beizupflichten.

II. Die in Rede stehende Anmeldung ist aber auf jeden Fall dem Prüfungsrecht des Registergerichts der Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft entzogen, nachdem die fragliche Prokurenbestellung im Hauptregister am Sitze der Gesellschaft unbeanstandet zur Eintragung gelangt ist: vgl. Zusammenstellung des RJA. Entsch. i. S. der freiwilligen Gerichtsbarkeit 8, 109.

Berlin. Landgerichtsrat Dr. Marcus.

Literatur.

Eingänge.

Halle, E. von, Die Weltwirtschaft. 2. Jahrg. II. Teil: Deutschland, Leipzig u. Berlin. B. G. Teubner. M. 4.—

Der zweite Teil des Jahrbuchs bringt eine Darstellung des deutschen Wirtschaftslebens aus der Feder namhafter volkswirtschaftlicher Schriftsteller und Praktiker. Eingehender behandelt ist hauptsächlich die Landwirtschaft von Roloff, sowie das Bauwesen von Prof. Voigt.

Merzbacher, S. Rechtsanwalt, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 3. Aufl. M. 2,50.

Der in der Beck'schen Sammlung deutscher Rechtsgesetze erschienene Kommentar stellt eine zweckdienliche Handausgabe für den praktischen Gebrauch dar. Literatur und Rechtsprechung sind eingehend berücksichtigt. Der Anhang enthält neben Formularen für Gesellschaftsverträge eine kurze Übersicht über Stempel-, Gebühren- und Steuerwesen in den hauptsächlichen Bundesstaaten.

Merzbacher, S. Rechtsanwalt, Sammlung der Entscheidungen in Warenzeichensachen 1905/06. Nürnberg, J. L. Schrag. M. 2,50.

Die im Auftrage des Bayerischen Vereins für gewerblichen Rechtsschutz herausgegebene Sammlung enthält eine größere Anzahl der in den Jahren 1905 und 1906 in Fachzeitschriften und amtlichen Sammlungen veröffentlichten Entscheidungen des Patentamts, des Reichsgerichts, sonstiger höherer in- und ausländischer Gerichte und gibt einen guten Überblick über die neueste Rechtsprechung auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts.

Pavlicek, Dr. Anton, Pfandbriefe. Separatabdruck aus der 2. Auflage des österreich. Staatswörterbuchs. Prag, Selbstverlag des Verfassers. 20 S.

Das Schriftchen des bekannten Verfassers gibt in lexikalischer Form auf der Grundlage des österreichischen und deutschen Rechts eine kurze Übersicht über das Institut des Pfandbriefs und schließt eine dankenswerte Zusammenstellung der Literatur für die genannten Rechtsgebiete an.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt Dr. Heilbrunn, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag in Berlin W. 8, Mauerstrasse 43/44.

Soeben erschien:

Gesetz
zum
Schutz der Warenbezeichnungen
vom 12. Mai 1894
Erläuterte Taschenausgabe
von
Dr. jur. W. Rhenius
Geheimen Regierungsrat, Direktor am Kaiserlichen Patentamt.

Taschen-Gesetzsammlung No. 31
Zweite Auflage
Preis gebunden M. 2.50, bei postfreier Zusendung M. 2.70

Das Buch stammt aus der Praxis, sein Verfasser ist wohl am genauesten mit den Anschauungen des Patentamts betraut. Infolgedessen enthält es für den in Warenzeichensachen Tätigen wichtige Fingerzeige. Es gewährt einen klaren Einblick in die Anschauungen, welche die Praxis des Patentamts beeinflussen und in diese Praxis selbst. — Die jetzt vorliegende zweite Auflage weist der ersten gegenüber wichtige Veränderungen und Verbesserungen auf.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

Monatsschrift

für

Handelsrecht und Bankwesen

Steuer- und Stempelfragen.

Gegründet von Justizrat **Dr. Paul Holdheim.**

Herausgegeben von Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn** in Frankfurt a. M.

Nr. 12. **Berlin, Sonnabend 14. Dezember 1907.** **XVI. Jahrgang.**

Die Monatsschrift erscheint an jedem zweiten Sonnabend des Monats. Der Bezugspreis beträgt halbjährlich Mk. 6,—, portofrei Mk. 6,30, Bestellungen nehmen alle Postämter und Buchhandlungen, sowie die Expedition in Berlin W., Mauerstr. 44, entgegen.

Inhalt.

Protokolljustiz und Psychologie. Von Rechtsanwalt Ernst Fuchs, Karlsruhe. — Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906 (Schluß). Von Reichsgerichtsrat Meyn, Leipzig. — Literatur: Eingänge.

Protokolljustiz, Pandektologie u. Rechtswissenschaft

Von **Ernst Fuchs**, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht **Karlsruhe i. B.**

I. Unser Zivilprozeß und die geplante Novelle.

Vor kurzem ging folgender Bericht durch die Blätter: „Zu dem Gesetzentwurf betreffend die Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte haben die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft Stellung genommen. Sie sind zu dem Ergebnis gekommen, daß die Verschlechterungen, welche die Vorlage bringt, die Verbesserungen derart überwiegen, daß sie sich vom Standpunkte der Kaufleute und Industriellen aus gegen die Novelle aussprechen müssen. Die Ältesten fordern eine organische Reform der gesamten Zivilprozeßordnung, eine Vermehrung der Richterstellen, Abschaffung des Hilfsrichterwesens und eine bessere Vorbildung des Richterstandes in den Angelegenheiten von Handel und Industrie."

Die enorme Bedeutung des Zivilprozesses und der Richterausbildung für die Handelswelt springt ohne weiteres in die Augen. Und deshalb mögen die tieferen Zusammenhänge der Dinge, um die es sich da handelt, hier eine Erörterung finden.

Unsere Ziviljustiz einschließlich der in Handelssachen sucht die Wahrheit mit Hilfe einer Prozeßordnung, die diesen Namen nicht verdient. Sie stellt gar nicht ein geordnetes Fortschreiten (processus) dar, sie ist weder ein Prozeß, noch eine Ordnung.

Wie würde ein natürlicher Zivilprozeß sich abspielen? Die Parteien müßten alle ihre Behauptungen und Beweismittel rechtzeitig innerhalb bestimmter angemessener Fristen dem Gericht mitteilen. Das Gericht würde danach eine Hauptverhandlung ansetzen, in die alle ihm erheblich dünkenden Beweismittel geschafft würden. Diese Hauptverhandlung würde vorbereitet werden, indem das Gericht beiden Parteien noch alle Fragen mitteilte, auf die es voraussichtlich Wert legt, damit die Parteien die vom Gericht noch für erheblich erachteten Punkte ermitteln und darüber Auskunft geben können. Alsdann würde zur Hauptverhandlung mit unmittelbarer Beweisaufnahme geschritten und an diese schlössen sich im Anwaltsprozeß die Plädoyers. Diesen natürlichen, unserm Strafprozeß ähnlichen Zivilprozeß hat man seit neun Jahren in Oesterreich im wesentlichen praktisch durchgeführt.

Wie spielt sich dagegen bei uns ein normaler, mit Beweiserhebung verbundener Zivilprozeß ab? Es kommt eine Klage, in zweiter Instanz eine regelmäßig nicht mit Begründung versehene Berufung ein, auf die sofort ein mehrere Wochen oder auch Monate hinausgerückter Verhandlungstermin bestimmt wird. In den meisten Fällen läuft die Klagebeantwortung oder die Berufungsbegründung kurz vor diesem Termin ein. Keinerlei Nachteil droht dem, der die Schriften einen Tag vor dem Termin oder in diesem selbst abgibt oder ohne sie neues vorträgt. Das wissen die Parteien und deshalb läßt die von ihnen, die kein oder ein entgegengesetztes Interesse an der Beschleunigung hat, ihren Anwalt einfach im Stich. Lassen Sie die Sache vertagen, schreibt sie auf sein Drängen. Die Folge ist tatsächlich die Vertagung. Erst bei einer Vertagung kann das Gericht nach § 272

ZPO. eine Frist für vorbereitende Schriftsätze bestimmen. Eine solche Bestimmung darf aber ohne jeden Nachteil in der Sache selbst unbeachtet bleiben. Ich habe daher die Anwendung jener gesetzlichen Vorschrift seit über einem Vierteljahrhundert noch nicht erlebt. Sie gleicht dem Lichtenberg'schen Messer ohne Heft, das keine Klinge hat. Vor dem zweiten und vor jedem folgenden Termin kann es wieder geradeso gehen, wie vor dem ersten; eine von den Parteien kann einen Tag vorher oder in dem Termin Neuheiten vorbringen, die wieder zur Vertagung führen. Kommt es aber endlich zur Verhandlung, so ist in keiner Weise vorgesorgt, daß sie auch zu Ende geführt werden kann. Das Gericht muß nämlich bis zum Verhandlungstag vollständig untätig bleiben, höchstens wagt es, angerufene Akten zu erheben. Der die Sache vorbereitende Richter weiß, es ist noch das und das zu wissen nötig, worüber die Parteien vielleicht Erkundigung einzuziehen haben. Er muß aber die Hände in den Schoß legen bis zur ersten Verhandlung. Erst in dieser darf er die Fragen stellen, die dann, wenn sie nicht sofort beantwortet werden können, wiederum zur Vertagung führen. Diese sinnlose Unnatur wird von manchen Richtern vernünftigerweise durch *private* Fragezettel oder mündliche Anregungen durchbrochen. Die praktische Vernunft muß also hinterrücks dieser Prozeßordnung eine Nase drehen.

Aber wird endlich wirklich die Verhandlung durchgeführt, so zeigt sich dem erstaunten Publikum, daß dies gar keine Verhandlung ist. Jeder, der erstmals eine solche Prozedur über sich ergehen läßt, fragt, ob denn auch seine Zeugen schon geladen sind. Er versteht nicht, was eine Verhandlung ohne die Beweismittel soll. Er muß darüber belehrt werden, daß alles, was schriftlich eingereicht ist, nochmals mündlich vorgetragen — oft vorgelesen — wird, was man „Prinzip der Mündlichkeit" nennt. Und dies muß geschehen, damit erst *nach* der Verhandlung das Gericht die Erhebung der Beweise anordnet, und zwar beim Kollegialgericht (Landgericht und Oberlandesgericht) in fast ausnahmsloser Regel vor einem dazu „beauftragten" Richter des Kollegiums oder vor einem darum „ersuchten" auswärtigen Amtsrichter. Die „mündliche Verhandlung" bietet dem erstaunten Auge nicht das Bild eines lebendig tätigen, die Wahrheit mit den Parteien, Zeugen und Sachverständigen erörternden und das Recht aufrichtenden Vorsitzenden dar, wie wir das im Strafprozeß gewöhnt sind. Ein beinahe stummes Gericht sitzt vor uns, das Vorträge oder Vorlesungen über sich ergehen läßt. Die fast einzige Lebensäußerung sind etwaige Fragen. Ist die Erhebung von Beweisen nötig, so wird ein Beweisbeschluß erlassen, der beim Kollegialgericht in der Regel in einem neuen Termin verkündet wird. Dann vergehen meist Wochen, bis die Beweise erhoben sind. Nachdem die Protokolle darüber aufgenommen oder von auswärts eingekommen sind, geht endlich, beim Kollegialgericht gewöhnlich wieder nach Wochen oder vielleicht Monaten, eine weitere Verhandlung vor sich. In dieser wird der Inhalt der *Protokolle* mitgeteilt oder verlesen und auf sie stützt sich das Urteil. Man nennt das „Prinzip der Unmittelbarkeit". Wir haben also die Mündlichkeit da, wo sie völlig unnütz und verfrüht ist, nämlich *vor* der Beweisaufnahme, und wir haben sie weiter da, wo sie nur ein schiefes und blasses Abbild des Lebens in Form von Protokollen beurteilt, also verspätet ist, nämlich *nach* der Beweisaufnahme. Wir haben sie aber nicht, wo sie allein absolut unentbehrlich schon für die Intuition ist, nämlich *bei* der Beweisaufnahme. Man male sich einen Augenblick einen Strafprozeß aus, der so verliefe! Und doch kann die wahre Methode der Wahrheitserforschung über menschliche Begebenheiten im Wesen nur die nämliche sein.

Die von der Reichsregierung geplante Novelle soll diese gründlich verkehrte Welt mindestens bei den Amtsgerichten einigermaßen zurechtrücken. Der Amtsrichter soll darnach schon vor der mündlichen Verhandlung Anordnungen treffen dürfen, nicht müssen, er soll sofort in der ersten Verhandlung die Beweise aufnehmen können und das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien erörtern. Aber *vor* der Verhandlung Zeugen und Sachverständige laden, einen Augenschein vornehmen oder ein Gutachten erheben soll auch der Amtsrichter nur unter ausnahmsweise eintretenden Voraussetzungen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll. Also nicht einmal das hat man als Regel aufzustellen gewagt. Und das Kollegialgerichtsverfahren bleibt davon ganz unberührt. Und doch wären gerade die Kollegialgerichte, bei denen die Sache durch Rechtsanwälte vorbereitet wird, *ganz ausnahmslos* imstande, Beweisbeschlüsse auf Grund der vorbereitenden Schriftsätze zu erlassen und die Beweise in die Verhandlung zu schaffen. Die Anarchie des an keine Fristen gebundenen Vorbringens aber will man bei allen Gerichten grundsätzlich belassen und ihr nur durch eine kleinliche pedantische Kostenbestimmung mittelbar etwas beizukommen suchen. Es soll nämlich für den vierten, bei Prozessen mit Beweisaufnahmen für den siebenten und jeden folgenden Termin eine besondere Fünf-Zehntelgebühr erhoben werden. Man denke sich in Oesterreich oder etwa bei uns in Strafsachen einen vierten oder gar einen siebenten (!) Termin, um die ganze Komik unseres Zivilprozesses zu genießen. Verlegungen oder Vertagungen von Amtswegen sollen dabei nicht mitgezählt werden. Das eröffnet die Aussicht auf

einen erbaulichen Streit, ob die Vertagung im Einzelfall von Amtswegen oder auf Antrag auszusprechen ist. Dauert ein solcher Vertagungsstreit mit Beratung durchschnittlich eine Viertelstunde, während welcher vielleicht 10—12 Juristen warten, so beginnt die Sitzung mit einer Vergeudung von etwa drei Stunden Juristenzeit. Das denke man sich in einigen Fällen wiederholt. Und dabei ist ohnedies regelmäßig die Sitzung so überlastet, daß man mit jeder Minute geizen sollte.

Die geplante Novelle gehört in das Kapitel der halben, Viertels- und Achtelsreformen, wie man sie bei uns beliebt und bei der Anfechtung von Kostenurteilen, bei der Behandlung der Unzuständigkeitseinreden, bei der Klageänderung, bei der Einlegung der Rechtsmittel usw. erlebt hat. Etwas Stümperhafteres auf dem Gebiete der Gesetzgebungskunst als diese ganze geplante Novelle läßt sich kaum denken, wenn auch einige gute Ansätze, wie die Beschränkung des unseligen Eidesunwesens im amtsgerichtlichen Verfahren, nicht zu verkennen sind. Aber auch da hat man — und zwar nicht einmal wahlweise — die zeugeneidliche Vernehmung der Partei statt des Parteieids nicht zugelassen. Durch den Parteieid wird bekanntlich nur ein abrupter Satz beschworen, hinter dem der Eigensinn oft ungeahnte Mentalreservationen verbirgt. Nach alledem ist die geplante Novelle richtig ein Flicken, der neben das Loch gesetzt werden soll.

Gekrönt wird unsere Zivilprozeßordnung durch die philologische Auslegung ihrer Bestimmungen. Man kann ohne Übertreibung ungefähr sagen: *Wenn sämtliche Entscheidungen des Reichsgerichts über die Auslegung der Zivilprozeßordnung genau in umgekehrtem Sinn ergangen wären, so wäre es im großen und ganzen wahrscheinlich nicht schlechter, sondern besser um unser Rechtswesen bestellt.* Denn die unseren ganzen Prozeß im Kern vergiftende völlig lebensunwahre Einschränkung des Begriffs der unmittelbar beteiligten Zeugen allein schon wiegt schwerer als der verständige Teil der Prozeßordnungsinterpretationen zusammengenommen. Ein sehr großer Teil der Auslegungen ist direkt zweckwidrig, auch ganz abgesehen von jener im modernen Recht aller Völker einzigartigen Verfratzung unseres Prozesses durch beteiligte Zeugen.

Am freiesten, praktischsten und vernünftigsten, sollte man doch meinen, lege das Reichsgericht von allen Gesetzen gerade die Prozeßordnung aus, die doch nur ein Mittel zum Zweck der Rechtsverwirklichung ist. Aber in Wirklichkeit wird im Gegenteil die Prozeßordnung womöglich noch scholastischer ausgelegt als das materielle Recht. Es ist hier nicht der Ort, dies im Einzelnen nachzuweisen. Es soll und kann ja hier nur gezeigt werden, um was der Kampf sich eigentlich dabei dreht, und dazu genügt das erste beste Beispiel. Nehmen wir dafür das folgende: Wenn im Anwaltsprozeß der Anwalt durch Tod, Unfähigkeit oder Aufgebung der Zulassung wegfällt, wird das Verfahren unterbrochen (§ 244 ZPO.). Jedoch müssen Rechtsmittelschriften z. B. die Berufungsschrift an die Partei selbst zugestellt werden, wenn erst nach Beendigung der Instanz der Anwalt wegfällt (§ 179 Abs. 2 ZPO.). Wenn nun der Anwalt nach Verkündung aber vor Zustellung des Urteils wegfällt, so entsteht die Frage, ob dann auch das Urteil — sei es vor, sei es gleichzeitig mit der Rechtsmittelschrift — der Partei zugestellt werden kann. Das Gesetz hat hier eine Lücke, es entscheidet diese Frage, ob in einem solchen Fall die Zustellung an die Partei selbst geschehen kann, nicht ausdrücklich. Und deshalb war die Frage „natürlich" streitig geworden. Das Reichsgericht (Entsch. 10, 345 und 19, 394) entscheidet „mit der Mehrheit der Kommentatoren" die Sache so: Wenn zwischen der Verkündigung und der Zustellung des Urteils des Landgerichts der Anwalt der einen Partei weggefallen ist und das Urteil deshalb der Partei selbst zugestellt ist, so muß das Oberlandesgericht die Berufung als unzulässig verwerfen. Es ist also dann die ganze zweite Instanz nutzlos gewesen. Es muß in erster Instanz zunächst ein neuer Anwalt ausschließlich zu dem Zweck aufgestellt und dies nötigenfalls durch ein Aufnahmeverfahren betrieben werden, damit ihm das Urteil zugestellt werden oder damit er es zustellen kann. Für diese hochwichtige Leistung der Empfangnahme oder Zustellung eines Urteils erhält der neue Anwalt den ganzen Satz der Prozeßgebühr. Alsdann kann erst die Berufung wieder eingelegt werden. Dasselbe kann sich natürlich auch zwischen der zweiten und dritten Instanz abspielen. Dann ist die Revision als unzulässig zurückzuweisen. Und auf all diese leeren Formalitäten, auf diese für alle Beteiligten vollkommen sinnlose Kosten- und Zeitvergeudung sollen die Parteien nicht einmal verzichten können. Alles damit erfüllet werde, was — vermeintlich — geschrieben steht. Ich behaupte folgendes: Wer die *zwölf Druckseiten* der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 19 S. 394 ff. über diese und drei weitere, sämtlich ebenso pedantisch und zweckwidrig entschiedene Prozeßfragen wirklich zu Ende lesen kann, ohne daß ihm dabei die Zornesröte in das Gesicht steigt, daß so etwas in deutschen Landen möglich ist, und ohne daß er einsieht, daß ein Baum, der solche Früchte zeitigt, zum Umhauen reif ist, mit dem ist nicht mehr zu rechten. Mit zwei, höchstens drei Sätzen hätte das Reichsgericht je die zweckmäßige entgegengesetzte Entscheidung begründen können, wie es der Pariser Kassationshof

in ähnlicher Lage getan hätte, wenn die Franzosen sich überhaupt in diesem Umfang mit unfruchtbaren Formfragen herumstreiten würden. Fährt nun eine Nation besser mit einer „wissenschaftlichen" d. h. philologischen Justiz nach Art dieser Entscheidung des Reichsgerichts oder mit einer natürlichen und volkstümlichen d. h. soziologischen Justiz wie die des Kassationshofes? Und wo ist die lebenswahre Wissenschaft, wo die weltfremde Scholastik? Die Entscheidung des Reichsgerichts ist aber der Typus der jetzigen deutschen Jurisprudenz. Das Reichsgericht hat es allerdings schon manchmal gewagt — namentlich in einem bestimmten Senat — moderne Justiz zu üben und den Pandektengeist zu verlassen. Aber auch da geschieht es noch meist im Kampf mit Motiven und Schriftstellern, und die Regel ist es nicht. Man sage nicht, das Reichsgericht sei hier durch das Wort des Gesetzes gebunden gewesen. Das ist nicht wahr, wie die Entscheidungen zeigen — ich nenne als Beispiele die zu § 416 BGB. in JW. 06 304, 9 oder zu § 126 Abs. 1 BGB. in E. 50, 51 —, wo das Wort noch viel klarer war, wo aber das Reichsgericht vernünftigerweise vom scheinbar lückenlosen Buchstaben abging. Es ist kein Zweifel, hätte das Reichsgericht in unserem Fall das Gegenteil entschieden, so hätte Jedermann ihm Recht gegeben und die ganze Praxis hätte es nachgemacht. „In Deutschland bewährt sich alles, was angeordnet wird. Alles ist falsch, unmöglich, lächerlich usw., bis es befohlen ist; ist es befohlen, so ist es inspiriert", so sagt ein Königl. Preuß. Regierungsrat (v. Kienitz in Preußischen Jahrb. 1907, 247).

Von den schweren Mängeln unserer Zivilprozeßordnung springt meistens nur das geschilderte Vertagungsunwesen in die Augen, das wahrlich kein Phantom ist, sondern leibhaftig blüht. Nur Oberflächlichkeit setzt es freilich auf das Schuldkonto unserer Anwaltschaft; es ist die notwendige Folge unserer Prozeß-Unordnung. Dieses Vertagungsunwesen ist schlimm, es ist aber noch nicht einmal das schlimmste. Wenn die Prozeßmühlen wie die Herrgottsmühlen auch langsam mahlen, so könnten sie doch wie diese auch gut mahlen. Das tun sie aber nicht. Alles ist morsch an diesem Klapperwerk. Das Hauptübel darin aber ist die Protokollwahrheit, d. h. die furchtbare Fiktion, als seien die dazu meist noch ohne jede Vernehmungstechnik aufgenommenen Protokolle normalerweise objektiv wahr.

Unser Strafprozeß ist, zumal infolge seiner entsetzlichen geheimen Voruntersuchung, schlecht. Aber er gipfelt doch in einer lebensvollen Hauptverhandlung, vor deren Strahlen oft die Eulen und anderen Nachtvögel erschreckt davonfliegen, die sich während jener geheimen Inquisition in die Akten eingenistet haben. Die Zivilprozeßunordnung aber hat in der Praxis und Wahrheit überhaupt nur eine Voruntersuchung, wenn auch eine mit Parteizuzug, aber keine wirkliche Hauptverhandlung. Was sich so nennen könnte — soweit man bei den zerhackten Terminen davon überhaupt sprechen kann — ist eine hohle Attrappe. Die ZPO. vermeidet daher richtig auch das Wort Hauptverhandlung und hat selbstverständlich — was richtiger heißen sollte: unglaublicherweise — auch keinen Titel über „Vorbereitung der Hauptverhandlung".

Von den im Mittelpunkt unseres Zivilprozesses stehenden Schreibspracheprotokollen kann man im Durchschnitt — es gibt rühmliche Ausnahmen bei jedem Gericht — nur sagen: handwerksmäßig aufgenommen und mechanisch gewürdigt. Aber selbst wenn die Zeugen unmittelbar vor dem Gericht selbst gehört würden, — was auch nach der Zivilprozeßordnung sein soll, aber, ohne daß es dagegen Rechtsmittel gibt, regelmäßig nicht ist — würde damit der wundeste Punkt nicht getroffen, und der ist in dem Mangel der Psychologie der Aussage gelegen.

Kohler stellt in seiner Schrift „Moderne Rechtsprobleme" den abenteuerlichen Satz auf, der Zivilprozeß sei überhaupt gar nicht Rechtsverwirklichung, sondern nur eine Parteitätigkeit mit hinzutretender Staatstätigkeit, die die Rechtsverwirklichung anstrebe. Er bezeichnet es als eine offenbare Tatsache, daß vielleicht 30% der Entscheidungen dem wirklichen Sachverhalt nicht entsprechen. Das ist bei Kohler nicht etwa Kritik, sondern er will damit den Zustand bezeichnen, wie er einmal in dieser Welt der Vergänglichkeit tatsächlich sei. Er meint, wer in einen Prozeß eintrete, der müsse wissen, wie der Soldat, der in den Krieg zieht, daß er sein Schicksal aufs Spiel setze. Diese pessimistische Weisheit, daß es so bleiben muß, weil es so ist, wird also als Wissenschaft von einem der ersten deutschen Rechtslehrer ausgegeben. Täuscht nicht alles, so ist die Zeit nicht mehr ferne, wo die entgegengesetzte Überzeugung durchbrechen wird, daß wir nämlich mit unserem teilweise ganz vorzüglichen Juristenmaterial unsere deutsche Justiz — wie sie an Gründlichkeit, Gewissenhaftigkeit und Unparteiischkeit von keiner Justiz der Welt übertroffen wird — auf ein dieser moralischen Höhe entsprechendes Niveau des praktischen Könnens heben können. Unerläßlich dazu ist aber, daß freimütig die Mängel unserer Justiz klargelegt werden. „Unser Zeitalter", sagt Kant in der Vorrede zur ersten Ausgabe der Kritik der reinen Vernunft — „ist das eigentliche Zeitalter der Kritik, der sich alles unterwerfen muß. Religion durch ihre Heiligkeit und Gesetzgebung durch ihre Majestät wollen sich gemeiniglich derselben entziehen. Aber alsdann erregen sie gerechten Verdacht und können auf unverstellte Achtung nicht

Anspruch machen, die die Vernunft nur demjenigen bewilligt, was ihre freie und öffentliche Prüfung hat aushalten können." Es ist wohl unnötig, besonders zu betonen, daß ich im folgenden nur allgemeine Zustände und Mißstände behandle. Niemand erkennt mehr wie ich an, daß es zahlreiche treffliche Männer in der juristischen Praxis gibt und daß nicht wenige ganz hervorragende, in jeder Hinsicht vorzügliche Köpfe in ihr tätig sind. Daß gerade diese Köpfe für die neue Sache gewonnen werden, davon hängt in erster Linie mit ihr Erfolg ab.

Die Findung des Urteils bei einem wirklichen Zivil-Rechtsstreit — im Gegensatz zu bloßer Betreibung — hat die Aufgabe, bestrittene Tatsachen oder bestrittenes Recht oder beides festzustellen. In letzterem Fall bedingen sich beide Aufgaben oft wechselseitig; denn von dem, was Recht ist, hängt oft ab, was von den Behauptungen und Tatsachen erheblich und wer von beiden Teilen beweispflichtig ist. Rein logisch aber ist das Urteil ein Schluß aus dem Recht als Obersatz und dem tatsächlichen Sachverhalt als Untersatz. Im Zivilprozeß ist normalerweise die Reihenfolge dem äußeren Verlauf nach die umgekehrte. Erst werden durch Beweiserhebung die vorerst als erheblich scheinenden Tatsachen festgestellt. Dann werden sie — im Urteil — rechtlich gewürdigt. Jede Urteilsfindung setzt sich also aus zwei Teilen zusammen: Ermittelung der Wahrheit durch Feststellung der bestrittenen Tatsachen, und Auslegung des Rechts zwecks Feststellung des für den Fall anzuwendenden Rechtssatzes. Zur zweiten Aufgabe, der Rechtsauslegung, habe ich in dem in Nr. 8 des laufenden Jahrgangs dieser Zeitschrift erschienenen Aufsatz: „Philologische und soziologische Rechtsprechung" ausgeführt, daß sie rückständig sei und wahrer moderner Wissenschaftlichkeit entbehre. Zur ersten Aufgabe, der Wahrheitsermittelung, will ich zunächst im folgenden dartun, daß genau das nämliche Werturteil auch für sie zutrifft.

II. Beweisregeln und Beweisfreiheit.

Nach der Meinung unserer Universitäts-Juristik bilden die Kommentare, die systematischen Arbeiten und die Monographien, die sich an die deutsche Zivilprozeß-Ordnung angeknüpft haben, eine der glänzendsten, auch für das Ausland wirkungsvollsten Erscheinungen der deutschen wissenschaftlichen Literatur. Im Vordergrund dieser Prozeßrechtswissenschaft steht neuerdings die Formulierung eines besonderen „Rechtsschutzanspruchs". Seither meinte man, jeder Bürger habe nur materielle Rechte z. B. Eigentum an seinem Hause, ein Forderungsrecht aus einem Darlehen. Wenn ihm einer jenes Recht widerrechtlich entzog oder ihn darin störte oder die Darlehensschuld nicht heimbezahlte, so verklagte er ihn bei Gericht. Jetzt soll auf einmal neben jenen Rechten ein besonderes Recht des Bürgers auf ein bestimmtes erfolgreiches Urteil konstruiert werden. Dabei streiten sich die Gelehrten, ob diese glorreiche Erfindung „Rechtsschutzanspruch" (so Richard Schmidt, Wach, Seuffert u. a.) oder „Urteilsanspruch" (Stein und Langheineken) oder einfach „Klagerecht" (Hellwig) zu taufen sei. Und über die mit der Konstruktion eines solchen besonderen Rechtsschutzanspruchs selbst geschaffene Kontroverse schreibt man nun gelehrte Abhandlungen, die den schönsten Blüten der mittelalterlichen Scholastik durchaus nicht nachstehen. Sie erinnern im Gegenteil stark an die umfangreichen Untersuchungen der mittelalterlichen Scholastiker darüber, wieviel Engel auf einer Nadelspitze tanzen können oder ob die Grenze zwischen Realinjurie und Körperverletzung bei dem leichten Schlag mit einem, zwei, drei, vier Fingern oder mit der ganzen Hand beginne.*) Wach z. B. bezeichnet „die methodische Differenz", welche die ganze Kontroverse beherrsche, als den Unterschied der metaphysischen und empirischen Betrachtungsweise. Er will damit „im Gegensatz zu der von der Wirkung der individuellen Erscheinung abstrahierten Definition" den „Begriff" bezeichnen, „der der Idee der Sache, ihrem Wesen, adäquat sei" (ZZP. 1904 S. 1 ff.). Dem Rechtsschutzanspruch gegenüber soll eine besondere Rechtsschutzpflicht des Staats und Gerichts stehen. Diese Rechtsschutzpflicht soll schon vor dem Prozeß bestehen. Wer die Rechtsschutzpflicht leugne, die schon vor dem Prozeß selbst begründet sei, wird nach Richard Schmidt (Prozeßrecht und Staatsrecht Karlsruhe 1904 S. 19) „notwendig unfähig sein, innerhalb des Prozesses jenen Erwartungen und Bedürfnissen der Unbeteiligten und der Parteien selbst Rechnung zu tragen!" Die Helden unseres Iheringschen Zirkuses für dialektisch-akrobatische Kunststücke, also unsere feinen juristischen Theoretiker haben wahrhaftig nichts besseres zu tun, als über diesen neuentdekten „Begriff" hin- und herzustreiten und es z. B. für eine brennende Frage zu erklären, ob man in der Zwangsvollstreckung noch ein Verfahren selbständiger publizistisch-prozessualer Natur sehen dürfe oder nur einen Komplex von Anhängseln zum bürgerlichen Recht oder gar zum BGB! Und

*) Ähnliche Fragen behandelt unsere „wissenschaftliche" Justiz bis auf den heutigen Tag. Z. B. Genügt für den Hausfriedensbruch das Hineinstecken der Fußspitze oder ist dazu mindestens das Eintreten mit einem Fuß erforderlich? Der neueste Untersucher dieser weltbewegenden Kontroverse, ein Geh. Oberjustizrat und Senatspräsident am Kammergericht (DJZ. 1907 S. 917), sagt dazu: „Der Fußspitzenfall liegt m. E. nicht anders, wenn der Täter einen Stiefel mit langen Spitzen trägt und den Teil der Spitze, in dem noch keine Zehen sind, zwischen die Türe klemmt".

dieses Abrakadabra hält man für moderne Wissenschaft. In Wahrheit gibt es nur eine brennende Frage innerhalb unseres heutigen Zivilprozesses, abgesehen von dessen gründlicher Umgestaltung selbst, und das ist die Frage der Psychologie der Aussage. Und diese Frage ist nicht durch irgend einen „Altmeister" der Zivilprozeßwissenschaft in den Mittelpunkt des Kampfes gestellt worden, sondern durch den Psychologen Dr. W. Stern in Breslau (Vgl. die von ihm herausgegebenen „Beiträge zur Psychologie der Aussage" Leipzig 1903 bis 1906 und die von ihm und Lipmann als Fortsetzung herausgegebene Zeitschrift für angewandte Psychologie Leipzig 1907).

Bevor wir darauf unsere Blicke werfen, wollen wir uns das Wesen der freien Beweiswürdigung klar machen.

Unsere Zivilprozeßordnung bindet den Richter im Gegensatz zu früheren Gesetzgebungen grundsätzlich — von einigen Ausnahmen wie namentlich dem Parteieid abgesehen — an keinerlei Regeln darüber, ob und was er den Beweismitteln, also insbesondere den Zeugen glauben will. Es gibt also keine sog. formelle Beweistheorie mehr wie z. B. über die Notwendigkeit von mindestens zwei Zeugen, über den Wert des Zeugnisses der Angehörigen oder des Angebers (Denunzianten), eines Beteiligten usw. Der Richter kann von jeder Zeugenaussage halten, was er will (§ 286 ZPO. vgl. § 260 StrPO.).

Damit in innerem Zusammenhang steht, daß unser BGB. von dem Grundsatz der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte beherrscht ist, auch hier von einigen Ausnahmen wie z. B. der Veräußerung von Grundstücken, der Bürgschaft, dem Testament usw. abgesehen. Um den Unterschied zwischen der Beweiswürdigungsfreiheit des § 286 ZPO. und der Beweiswürdigungsgebundenheit zu erkennen, mögen für letztere hier einige Bestimmungen des französischen Rechts angeführt sein. Der code civil bestimmt über den Zeugenbeweis in

Art. 1341: Über alle Gegenstände, welche die Summe oder den Wert von hundertfünfzig Franken übersteigen, selbst über freiwillige Hinterlegungen, muß eine Urkunde vor Notar oder unter Privatunterschrift aufgenommen werden; und es wird gegen den Inhalt der Urkunden oder außer ihm, oder über das, was vor, bei, oder nach Aufnahme der Urkunden gesprochen sein soll, kein Zeugenbeweis zugelassen, selbst wenn es sich um eine Summe oder einen Wert unter hundertfünfzig Franken handelt; alles dieses unbeschadet dessen, was in den den Handel betreffenden Gesetzen vorgeschrieben ist.

Art. 1347: Die obigen Regeln leiden eine Ausnahme, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist. – So nennt man jedes Schriftstück, das von dem herrührt, gegen den der Anspruch sich richtet, oder von dem, den er vertritt, und das die angeführte Tatsache wahrscheinlich macht.

Art. 1348: Sie erleiden ferner eine Ausnahme, in allen Fällen, in welchen es dem Gläubiger nicht möglich war, sich einen schriftlichen Beweis der gegen ihn übernommenen Verbindlichkeit zu verschaffen. Diese Ausnahme ist anwendbar:

1) auf Verbindlichkeiten, die aus Quasikontrakten, aus Vergehen oder aus Quasidelikten entspringen; —

2) auf Sachen, die im Notfalle bei einer Feuersbrunst, bei dem Einsturz von Gebäuden, bei einem Aufruhr oder Schiffbruche, oder von Reisenden bei ihrem Aufenthalte in einem Gasthause hinterlegt worden sind, alles nach Beschaffenheit der Personen und der Umstände; —

3) auf Verbindlichkeiten, die bei unvorhergesehenen Zufällen eingegangen worden sind, wo man nicht imstande war, schriftliche Urkunden zu verfassen; —

4) auf den Fall, wo der Gläubiger in Folge eines unvorhergesehenen und unvermeidlichen Zufalls den ihm zum schriftlichen Beweise dienenden Titel verloren hat.

Der code de procédure civile bestimmt in

Art. 283: Es können verworfen werden die Verwandten oder Verschwägerten der einen oder der anderen Partei bis zum Grade der Geschwisterenkel einschließlich; die Verwandten und Verschwägerten der Ehegatten bis zu dem obigen Grade, wenn der Ehegatte noch lebt, oder wenn die Partei oder der Zeuge Kinder von ihm hat, welche noch leben. Ist der Ehegatte verstorben, und er hat keine Nachkommen zurückgelassen, so können die Verwandten und Verschwägerten in grader Linie, die Brüder und Schwäger, die Schwestern und Schwägerinnen verworfen werden. Ebenso können verworfen werden der Zeuge, der vermutlich Erbe oder Geschenknehmer ist; wer nach Verkündigung des das Zeugenverhör anordnenden Erkenntnisses mit der Partei und auf deren Kosten getrunken und gegessen hat, wer über die auf den Prozeß bezüglichen Tatsachen schriftliche Zeugnisse ausgestellt hat; die Diener und das Hausgesinde; wer zu einer Leibes- oder entehrenden Strafe verurteilt worden ist, oder nur zu einer zuchtpolizeilichen Strafe wegen Diebstahls.

Art. 291: Werden die Verwerfungsgründe angenommen, so wird die Aussage des Zeugen, gegen den sie vorgebracht worden ist, nicht verlesen.

Wir sind gewohnt, auch für den Zivilprozeß die freie Beweiswürdigung als eine moderne Errungenschaft nicht hoch genug zu preisen und bindende Beweiswürdigungsnormen dem dunklen Mittelalter zuzuweisen. Wie verkehrt diese Wertung ist, wenn nicht zur freien Beweiswürdigung wissenschaftliche und praktische Ausbildung in der Psychologie und Menschenkunde hinzukommt, zeigt die französische Rechtsgeschichte. Die Sache ist dort geradezu umgekehrt verlaufen. Bis um die Mitte des 16. Jahrhunderts war der Zeugenbeweis in Frankreich ganz unbeschränkt. Es hieß damals: Témoins passent lettres (Zeugen gehen über Urkunden). Die Einführung des umgekehrten Grundsatzes (lettres passent témoins) geht zurück auf die Ordonanz von Moulins vom Februar 1566, die inhaltlich das bestimmte, was dann in Frankreich galt und in den Art. 1341 des code civil aufgenommen wurde. Der Mißbrauch des Zeugenbeweises war im 16. Jahrhundert bis zu dem Grade angewachsen, daß die Parlamente Abgesandte an den König Karl IX. sandten, um sich darüber zu beklagen, und das führte zu der erwähnten Ordonanz.

Die alten Schriften über diese Ordonanz führen sie auf eine Verschlechterung der Sitten und auf Abnahme von Treu und Glauben zurück. Laurent (Principes de droit civil XIX S. 420 Nr. 394) weist demgegenüber auf die bekannte Erscheinung hin, daß jedes Zeitalter ähnlich von der guten alten Zeit spreche, fügt aber hinzu: Cela n'empêche pas, que le législateur doive veiller à ce que les procés se décident par les voies de preuves les plus sûres et les moins sujettes à erreur. Und Laurent verteidigt das moderne Prinzip „Urkunden gehen über Zeugen", d. h. das beste Beweismittel geht über das schlechteste, wesentlich mit zwei Erwägungen.

Erstens: „Erzählen nicht Personen, die sich gleichermaßen in gutem Glauben befinden, oft ihre Wahrnehmungen in ganz verschiedener Weise? Und, ohne das menschliche Geschlecht herabwürdigen zu wollen, gab es je ein Zeitalter, das nicht Zeuge zahlreicher Beispiele von bösem Glauben und von Meineid war? Es wäre daher gefährlich, das Schicksal der Verträge den Zeugenaussagen auszuliefern."

Zweitens: „Es handelt sich dabei auch um eine Frage der Kultur. Als die übergroße Mehrheit der Menschen nicht lesen konnte, mußte man wohl oder übel sich mit Zeugen bescheiden. In dem Maße, in dem der Gebrauch der Schrift sich einbürgerte, mußte der Gesetzgeber die Urkunden den Zeugen vorziehen. Das Schriftstück wird in dem Zeitpunkt ausgestellt, in dem der juristische Tatbestand sich ereignet, während die Zeugen in der Regel erst nach langen Jahren zur Aussage über das von ihnen Gehörte und Gesehene angerufen werden. Verbreitet die allgemeine Schulbildung und der Zeugenbeweis wird überflüssig!"

Wo eine Urkunde nicht errichtet werden konnte, wie in den Fällen des Artikel 1348 des Code civil, insbesondere also bei Forderungen aus unerlaubten Handlungen und überall, wo bei uns heute eine Urkunde tatsächlich nicht errichtet ist, liegt die Beweisfrage ganz ähnlich wie in Strafsachen. Das Hauptbeweismittel ist in diesen Fällen die Zeugenaussage, und die Güte der Justiz hängt da vor allem von einer richtigen Würdigung der Zeugenaussage ab. Ich rede nicht der Wiedereinführung der Formvorschrift — wie sie ja ähnlich auch andere Kodifikationen, z. B. die Preußische kannten — und auch nicht grundsätzlich dem Ausschluß des Zeugenbeweises nach französischem Muster das Wort. Wo aber bei Rechtsgeschäften von den Parteien eine Urkunde tatsächlich errichtet ist, da muß ihr bei der noch zu schildernden Gebrechlichkeit der Zeugenaussage ein besonderes Gewicht beigemessen werden. Die Benützung von Zeugenaussagen neben den Urkunden kann daher von einem Gesetzgeber nur dann ohne jede Schranke zugelassen werden, wenn er Garantien schafft, daß die Richter auf das eingehendste mit der Psychologie der Aussage vertraut sind. Andernfalls ist die Gesetzgebung die bessere, die den Richter zwingt, die Urkunde lediglich aus sich selbst nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte auszulegen. Daß er dabei nicht am toten Worte zu kleben hat, wäre auch ohne ein besonderes gesetzliches Verbot für einen verständigen Mann selbstverständlich. Aber die Zulassung unbeschränkten Zeugenbeweises über den Sinn und die Tragweite einer Urkunde ohne jene Garantie für eine richtige Handhabung der Psychologie der Aussage bedeutet nicht einen Fortschritt, sondern einen Rückschritt in die Zeit, in der die Justiz in Frankreich bis zur Mitte des 16. Jahrhunderts stand. Diesen Rückschritt aber haben wir gemacht. Bei uns geht jetzt wieder tatsächlich das schlechteste Beweismittel über das beste. Jeder Historiker weiß, daß sich eine wahre Geschichtserzählung nur auf Urkunden, nicht auf Gesprächen aufbauen kann. Er schätzt auch die Aussagen der Beteiligten, die sog. Memoirenliteratur, richtig ein. Im Parlament erleben wir nach jeder Debatte sofort eine Kette von persönlichen Bemerkungen zur Richtigstellung von groben Mißverständnissen nebst Streit, was Jemand gesagt oder nicht gesagt habe. Im Verfahren wegen Berichtigung des Tatbestands stehen Richter häufig schon nach kurzer Zeit vor dem Nichtmehrerinnern. Sowie aber die Zeugenaussagewürdigung angeht, ist alle diese Erfahrung oft vergessen. Da rechnet man selbst bei Aussagen nach Jahren nur allzuhäufig nicht mit Erinnerungstäuschungen und Mißverständnissen, die oft den wenn auch noch so bestimmten Aussagen zu Grunde liegen.

Zwar geht unsere Rechtsprechung davon aus, daß die Urkunde über ein Rechtsgeschäft im Zweifel den vollständigen und erschöpfenden Parteiwillen enthalte (RG. 52, 22). Aber eben nur „im Zweifel"; es ist eine tatsächliche Vermutung, die widerlegt werden kann und darf. Und allgemein wird inbezug auf Urkunden der Interpretationsbeweis zugelassen, daß sie nach übereinstimmendem Parteiwillen so und so gemeint seien (RG. 62, 49). Durch diese Hintertüre kommt der volle Strom des Zeugenbeweises wieder in die Urkunde herein, und es bedeutet dem gegenüber wenig, daß der durch Zeugen ermittelte „wahre" Wille in der Urkunde seinen, „wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden haben müsse." (Urteil des RG. vom 6. 4. 05 in der DJZ. 10, 601.) Denn dieser „noch so unvollkommene" Ausdruck ist etwas so Dehnbares, daß in der Praxis der Interpretationsbeweis und der Beweis, daß über die Urkunde hinaus Vereinbarungen getroffen worden seien, fast immer zugelassen werden. Davor schützt nicht einmal

immer die ausdrückliche Vorsichtsklausel, nach der neben der Urkunde keinerlei mündliche Abreden gelten sollen. Arglist und Erschleichung können natürlich dadurch niemals gedeckt werden, aber auch wo diese nicht im Spiele sind, geht man auf das Gerede ein. Das läßt sich je nach Umständen — nicht immer — rechtfertigen, wenn nur auch dann das angeblich Geredete psychologisch und menschenkundig gewürdigt würde. Sobald aber einmal ein Beweisbeschluß über das Gerede ergangen ist, ist das Schicksal des Prozesses ungewiß. Denn wie wenig auch gutgläubige und ganz bestimmte Zeugenaussagen über den Wortlaut und Inhalt von Verhandlungen und Vereinbarungen in Wahrheit wert sind, ist der Mehrzahl der Richter noch heute fremd. Und dazu kommen noch zwei erschwerende Umstände, auf die wir später noch besonders eingehen werden und die hier nur erwähnt seien: erstens die ganz mangelhafte — um nicht zu sagen fehlende — Technik der Zeugenvernehmung. Zweitens die zur Regel gewordene Vernehmung der Zeugen durch beauftragte und ersuchte Richter, sodaß von unseren Kollegialgerichten nicht Menschen, sondern Protokolle beurteilt werden.

Unser heutiger Beweis-Mechanismus wird gekrönt durch die Vorschriften über den Zeugen- und Parteieid. Das Gesetz gab einen vernünftigen Fingerzeig: der unmittelbar am Ausgang des Prozesses beteiligte Zeuge soll unbeeidigt vernommen werden (§ 393 Ziff. 4 ZPO.); seine nachträgliche Beeidigung ist ins Ermessen des Gerichts gestellt. Dieses „unmittelbar" hat aber die philologische Rechtsprechung des Reichsgericht in eine abstrakte Kasuistik gebracht. Es ist natürlich praktisch vollständig gleichgiltig, ob eine solche Kasuistik im Gesetz selbst oder in einer Präjudiziensammlung steht. Das Wesentliche ist, daß überhaupt etwas davon abhängen soll, ob ein Zeuge in irgend eine Rubrik des von den Prozeßgelehrten oder der Judikatur aufgestellten Katalogs der unmittelbar oder der bloß mittelbar Beteiligten eingereiht wird. Nicht grundsätzlich, aber tatsächlich kann das Schicksal eines Prozesses von solcher weltfremden Begriffsspinnerei abhängen. Das ist um so schlimmer, als das RG. den Begriff „umittelbar beteiligt" dermaßen eingeschränkt hat, daß nicht einmal der Hauptschuldner im Prozeß des Gläubigers mit dem Bürgen (JW. 97, 148), ja nicht einmal der für die Beibringlichkeit haftbare Zedent im Prozeß des Zessionars gegen den Drittschuldner darunter fällt, wenn nicht etwa der Zessionar geradezu nur fiduziarisch für Rechnung des Zedenten die Forderung einzieht (RG. 40, 376 und 44, 375). Ebenso gilt nach zahlreichen Entscheidungen bei dem Streit eines Reisenden und seines Bestellers über den Inhalt einer Bestellung jener stets als zu beeidigender Zeuge, sogar wenn er Provisionsreisender ist. Sein Wort wiegt als Beweismittel, das des Gegenkontrahenten als einseitige Parteibehauptung, obwohl es doch grundsätzlich genau das gleiche Gewicht hat. Ja noch mehr! *Selbst wenn der Vertreter einer Partei sein nächster Verwandter ist*, muß er als Zeuge beeidigt vernommen werden. (§ 385 Ziff. 4. ZPO.). Wer also nicht selbst, sondern durch seinen Sohn usw. ein Geschäft abschließt, der hat im Prozeß stets einen beeidigten Zeugen. Und wenn dieser auf den Richter einen guten Eindruck macht, so kann das Schicksal des Prozesses davon abhängen, — und hängt leider nur zu oft davon ab —, daß der eine Teil selbst gehandelt hat, der andere aber durch einen Vertreter. Ein Kaufmann sagte mir: Unsere Firma läßt durch zwei Personen reisen, durch einen Teilhaber und durch einen Reisenden. Bei Differenzen über den Inhalt einer Vertragsberedung verlieren wir stets, wenn unser Teilhaber, und wir gewinnen stets, wenn unser Reisender abschloß; im ersteren Fall lassen wir es daher längst nicht mehr auf einen Prozeß ankommen. Ja nach derselben Bestimmung des Gesetzes braucht der Forderungsberechtigte nur seine Rechte, und sei es auch an seine nächsten Verwandten, abzutreten, um selbst als beeidigter Zeuge vernommen werden zu müssen, wenn nicht etwa — was durchaus nicht notwendig und meist nicht nachweisbar ist — nur zum Schein abgetreten wird. Häufig werden Personen nur deshalb nicht als Mitkläger aufgenommen, um sie als „nicht unmittelbar beteiligte" Zeugen zu haben. Oder es werden Personen nur deshalb mitverklagt — z. B. Ehefrauen oder der vermögenslose Chauffeur — damit der eigentlich Belangte sie nicht als solche Zeugen hat. Und von solcher Taktik hängt bei der Ideologie, die unsere Gerichte mit dem Zeugeneid treiben, oft das Schicksal von Prozessen ab. Hätten wir eine natürliche, soziologische Jurisprudenz und Justiz, so würde in erster Linie ein je nach Ausgang des Prozesses Regreßpflichtiger oder Regreßberechtigter, oder auch nur parallel Berechtigter oder Verpflichteter als „unmittelbar" beteiligt in diesem Beweiswürdigungssinne erkannt und behandelt. Das Volk, das Leben, tut es; die juristischen Philologen tun es nicht. Man sage nicht, daß dies unschädlich sei, weil ja das Gesetz dem Richter freistellt, ob er einem solchen Zeugen glauben will oder nicht. *Denn ist einmal ein Zeuge beeidigt, so wird ihm in der Regel auch geglaubt.* Mindestens genügt es gewöhnlich, damit das Gericht die betreffende Partei selbst zum sog. richterlichen Eid zuläßt.

Der Richter steht unwillkürlich unter dem Bann der großen Wichtigkeit, die das Gesetz der Frage beilegt, ob ein Mensch „unmittelbar" oder „mittelbar" beteiligt ist und somit von vornherein vereidigt werden

muß oder nicht. Dieser ganze Eidesmechanismus, je nachdem „unmittelbare“ oder mittelbare“ Beteiligung angenommen wird, gehört ohnedies schon nach Wolkenkuckucksheim. Durch die über alles zulässige Maß hinaus weltfremde philologische Einschränkung des Begriffs „unmittelbar“ ist aber dieser Eidesmechanismus geradezu ins Verrückte umgeschlagen. Schopenhauer hat den Eid mit Recht die metaphysische Eselsbrücke der Juristen genannt. Unserer Justiz ist darüber noch kein Dämmerlicht aufgegangen.

Ein ähnliches Kapitel wie das Beteiligtsein von Zeugen ist ihre Verwandschaft mit den Parteien. Die allgemeinen und abstrakten Vorstellungen sind die Quellen der größten menschlichen Irrtümer, dieses Stück Glaubensbekenntnis des savoyardischen Vikars ist unserer Gesetzeskunst bis zum heutigen Tage auch auf dem Gebiet des Prozeßrechts fremd. Selbst hier — in der vermeintlich „freien Beweiswürdigung“ — stoßen wir allenthalben auf die uns aus dem materiellen Recht bekannte Erscheinung der abstrakten Kasuistik. Auch hier hat das Gesetz das Bestreben, möglichst den Richter durch äußerliche Schablonen einen bestimmten Weg zu führen. Dies zeigte sich namentlich in den Bestimmungen über verwandte Zeugen. Auch der französische Prozeß hat, wie wir gesehen, ein Verzeichnis von Verwandten und damit einen Fehler. Aber dort werden mindestens die nächsten Verwandten einfach ausgeschaltet und damit der gröbste Mißbrauch verhütet. Wie überlegen lächeln wir jetzt, wenn bei uns noch an das alte Recht gewöhnte Leute „unjuristisch“ die nächsten Verwandten als Zeugen „verwerfen“. Ich predige auch hier nicht die Nachahmung der Zeugenbeschränkung; aber ihre Beseitigung ohne Einführung besonderer Psychologie und Lebenskunde in diesen Dingen ist viel schlimmer als jene Schranken. Um was handelt es sich hier? Das Gesetz will hie und da die Angehörigen anders behandeln als Fremde und gibt alsdann jeweils einen Katalog der „Angehörigen“. Dieser Katalog lautet im StGB. (§ 52 Abs. 2): Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, Verlobte; in der Konkursordnung (§ 31 Ziff. 2) und im Anfechtungsgesetz (§ 3 Ziff. 2): Ehegatten, Verwandte des Schuldners oder seines Ehegatten in auf- und absteigender Linie, seine und seines Ehegatten voll- und halbbürtige Geschwister und die Ehegatten eines dieser Personen; in der ZPO. (§ 383) und in der StPO. (§ 51): Verlobte, Ehegatten, die in gerader Linie Verwandten, Verschwägerten oder durch Adoption Verbundenen, die in der Seitenlinie bis zum dritten Grade Verschwägerten. Es ist also wohl zu beachten, daß z. B. die Ehemänner zweier Schwestern zwar nicht unter den ersten und dritten, aber unter den zweiten Katalog fallen. Wer also in einem sog. Notstand eines Angehörigen diesen schützt, müßte danach den Katalog des § 52 StGB. im Kopf haben, und wenn er den Ehemann der Schwester seiner Frau irrig unter den Katalog einreiht, riskiert er, ein Verbrecher zu werden. Und genau so sinnlos und weltfremd sind die Kataloge der anderen angeführten Gesetze, wenn sie die Grenzen der Anfechtbarkeit und Glaubwürdigkeit nach solchen Kategorien ziehen. Die Jurisprudenz beschäftigt sich nun mit Fragen wie: Wann beginnt das Verlöbnis? Begründet im Sinne dieser Kataloge die uneheliche Geburt einen Unterschied? Bei dem dritten Katalog ist bei der Schwägerschaft der Umstand, daß die sie begründende Ehe nicht mehr besteht, für gleichgiltig erklärt — gilt dies auch bei den beiden ersten Katalogen? Wird durch Doppelehe Schwägerschaft begründet? Begründet das Eheversprechen eines noch Verheirateten ein Verlöbnis? Verwandte müssen ausnahmsweise beeidigt werden, z. B. über Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen. (§ 385 Ziff. 3 ZPO.). Gehören zu letzteren auch Angaben über die Höhe der Mitgift, auch zufällige Vorkommnisse? Die Untersuchung und Beantwortung solcher scholastischen Fragen und zwar in erster Linie auf dem Wege der Durchstöberung der sog. Motive nennt sich Jurisprudenz. Nicht die Prüfung, ob dieser Verwandte befreundet oder verfeindet, ob er innerlich sehr nahe steht oder sehr fern — es gibt Vettern und Vettern — nein die Kategorien sind die juristische Leibspeise. Man muß die triumphierenden Mienen gesehen haben, mit der unsere Juristen dem Zeugen, dessen Frau eine Schwester der Ehefrau der Partei ist, verkünden, daß er nicht zu den Verschwägerten gehöre und deshalb beeidigt werden müsse oder dürfe. Und dieser bloße Umstand, daß er beeidigt wird, ist dann meist das Ausschlaggebende. „Man müßte geradezu einen Meineid annehmen“, wenn man ihm nicht glauben würde. Genau in dieser Art verfährt ja, wie wir früher gezeigt, auch unsere materielle Zivilrechtswissenschaft. Und dasselbe wie für diese gilt für die Zivilprozeßwissenschaft. In allen Schriften, Lehrbüchern, Kommentaren oder Monographien bis auf die über die Beweislast herab — eine wahrhaft grauenhafte Abwesenheit jeder Gemütstiefe und meist auch der praktischen Vernunft von Anfang bis zu Ende! Man findet etwas ähnliches jetzt nur noch in der Theologie. Und die Zeit wird kommen, wo uns vom Standpunkt einer freien Rechtswissenschaft die meisten heutigen juristischen Streitfragen auch auf diesem Gebiet genau so anmuten werden, wie den auf dem Standpunkt einer freien Religion Stehenden die Streitfragen der Theologie.

Eine Erweiterung der Zwangsvollstreckung und deshalb einen Teil des Prozeßrechts bildet das paulianische Anfechtungsrecht (G. v. 21. 7. 79 und KO. §§ 29 ff.). Auf die Widersinnigkeit in der gesetzgeberischen Ordnung, der „wissenschaftlichen" Auslegung und Rechtsprechung in den Tat- und Rechtsfragen auf diesem Anfechtungsgebiet habe ich schon vor Jahren hingewiesen, (in den BadAnn. 1894 S. 109, 189 u. 206 „Zur Reform der Konkursordnung" vgl. auch „Recht" 1902, 143). Was ich dort über die geradezu demoralisierenden Wirkungen unserer Gesetzeskunst, Wissenschaft und Justiz auf diesem Gebiet gesagt habe, kann ich nach meiner inzwischen gemachten weiteren Erfahrung nur noch in verstärktem Maß aufrecht halten. Es ist seither ungehört verhallt. Das ganze Anfechtungsrecht des code civil außerhalb des Konkurses lautet:

Art. 1167 Abs. 1: Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Punktum. Nun kommt das warme Leben und eine ihm gewachsene Jurisprudenz und entscheidet in reicher Fülle die Einzelfälle nach der wahren Natur und Interessenlage und nicht nach Kategorien und Begriffen und Vermutungen und Verwandschaftsgraduntersuchungen. Und deshalb ist auch hier nicht bei unserer weltfremden abstrakten Kasuistik sondern bei der analytisch-induktiven französischen Jurisprudenz das wahre Recht und die Rechtssicherheit. Wie es mit dieser in unseren Anfechtungsprozessen bestellt ist, davon weiß der juristische Praktiker ein Lied zu singen. Im Konkurse haben wir, nebenbei bemerkt, nicht einmal eine einheitliche Feststellung des Beginns der Zahlungseinstellung durch das Gantgericht, sodaß es vorgekommen ist, daß im nämlichen Konkurs das eine Gericht einen andern Tag angenommen hat, als das andere. Wer sich mit einem Kopfsprung in unsere mittelalterliche Ziviljurisprudenz hineinstürzen will, der probiere ein Werk oder einen Kommentar zum Anfechtungsrecht zu studieren. Dann lese er der Vergleichung wegen Laurent's Principes de droit civil 16, Nr. 431 — 499. Er kommt dann einfach von einem Land abstrakter Begriffsspalter in das lebenswahrer Weisen, aus der Wüste Sahara in einen blühenden Garten. Und ähnlich ist es mit jeder anderen Rechtsmaterie. Wie hat der Pandektengeist auf dem Rechtsgebiet das herrliche deutsche Gemüt verwüstet!

Angesichts der Scholastik und abstrakten Kasuistik über die unmittelbar beteiligten und die verwandten Zeugen, die Vereidigung von Vertretern, die Präsumtionen des Anfechtungsrechts usw. haben wir in Wahrheit kein freies Beweisrecht, sondern ein viel gebundeneres als das französische mit seinen gesunden Beweisregeln. Die Franzosen haben im Beweisrecht die freie Beweiswürdigung im Kleide praktisch kluger Beschränkung des Zeugenbeweises. Und wir haben unter dem „Prinzip" der freien Beweiswürdigung einen die mittelalterlichen Beweisregeln weit überbietenden scholastischen Beweisschematismus. Von der freien Beweiswürdigung und dem modernen Beweisrecht haben tatsächlich die Franzosen die Wahrheit und wir den Schein.

Ist es da zu verwundern, daß bei uns die gewagtesten Prozesse gegen die klarsten Urkunden riskiert werden? Man spekuliert auf einen Beweisbeschluß. Hat man den erst, dann wird in dem Hexenverfahren der protokollarischen Vernehmung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter alles für möglich gehalten. Je nachdem die Zeugen sich, wenn auch nach langen Jahren, die Sache rekonstruieren, suggerieren, je nachdem sie sich, hin und hergezerrt, ausdrücken und gefragt werden, kommt eine der Urkunde widersprechende Vereinbarung heraus. Und schließlich winkt noch der richterliche Eid. Tatsächlich ist in unserem heutigen deutschen Zivilprozeß die Beweiswürdigung unter der Maske der Freiheit viel mechanischer und wirklichkeitswidriger als unter den Kautelen der die gröbsten Irrungen verhütenden alten Beweisregeln.

III. Die Psychologie der Aussage.

Auch abgesehen von betrüglich erschwindelten Urkunden wäre das Haften am Buchstaben eines Vertrags verfehlt, denn zumal die von Laien verfaßten Urkunden sind oft in hohem Maße ungeschickt, unvollkommen und falsch im Ausdruck. Aber auch die von Juristen ausgearbeiteten Urkunden sind — wie alles Menschenwerk und wie die von ihnen ausgearbeiteten Gesetze — Stückwerk und oft lückenhaft. Und sehr oft können die Entstehungsgeschichte, die Umstände, der Zweck eines Vertrags den wahren Vertragswillen auch im Gegensatz zu einer scheinbar klaren Urkunde beleuchten. Das französische Prinzip der Urkundenwürdigung bedeutet selbstverständlich nicht den Ausschluß der Beachtung dieser Umstände. Ganz im Gegenteil hebt das französische Gesetzbuch die Erforschung des wahren gemeinsamen Parteiwillens und die Auslegung und Erfüllung der Verträge nach Herkommen, Redlichkeit und Billigkeit scharf hervor. Die tatsächlichen Umstände sind aber nicht dasselbe wie das angebliche Gerede vor, bei und nach der Urkunde, sondern gewissermaßen sein Gegenteil. Die Urkunde wird dort so ausgelegt, wie ein gescheiter und gerechter Mann sie nach jenen tatsächlichen Umständen des Falles verstehen muß. Zu den tatsächlichen Umständen kann an sich gewiß auch das mündlich Gesprochene gehören, obwohl

sehr häufig dabei jeder Vertragsteil nur sich selbst recht hört. Grundsätzlich bedeutet aber die Zulassung des Zeugenbeweises gerade über das Gerede bei Urkunden nur dann einen Fortschritt, wenn das angeblich Geredete psychologisch und menschenkundig eingeschätzt wird in stetem Bewußtsein, wie außerordentlich gefährlich die Vernehmung von Zeugen über den Inhalt von mündlichen Vereinbarungen ist.

Es ist erstaunlich, daß wir z. B. den vorzüglichen Werken von Hans Groß über Kriminalpsychologie (2. Aufl. Leipzig 1905) und „Handbuch des Untersuchungsrichters" (4. Aufl. München 1904) auf dem Gebiet des Zivilrechts und Zivilprozesses nichts, rein gar nichts ähnliches als „Zivilpsychologie" an die Seite zu setzen haben. Und doch sind für die nichtrechtsgeschäftlichen Tatbestände, insbesondere für die Unfälle und unerlaubten Handlungen, meist die nämlichen, für die Rechtsgeschäfte aber die entsprechenden Regeln der Seelenlehre und Vernehmungskunst maßgebend. Gerade aber auch für die Wahrnehmung und Wiedergabe von nichtverbrecherischen Tatbeständen müssen die in den früher erwähnten „Beiträgen zur Psychologie der Aussage" niedergelegten Forschungen als epochemachend bezeichnet werden, obwohl die daran beteiligten Psychologen und Juristen seither immer nur den Strafprozeß dabei im Auge hatten und sich die Zivilrechtler darum nicht kümmerten. In den Gerichtsbibliotheken wird man die „Beiträge" selten antreffen und doch wiegen innerlich ihre beiden Bände schwerer, als sämtliche „rein" juristischen Lehrbücher und Kommentare zusammengenommen. Es ist darum erforderlich, daß gerade unsere Ziviljustiz, die bisher achtlos an dieser gewaltigen Entdeckung auf forensischem Gebiet vorbeiging, mit Nachdruck auf sie hingewiesen werde. Stern ist weit entfernt von aller Überschätzung der Psychologie als Wissenschaft (dem sog. Psychologismus), aber ein ebenso besonnener und entschiedener Verfechter der psychologischen Bildung für Richter und Erzieher. Er sagt mit Recht, von den heutigen Vertretern der Justiz und von den mit Erziehungspflichten Betrauten ahne die überwältigende Mehrheit überhaupt noch gar nicht, daß es eine wissenschaftliche Betrachtungsweise des Seelenlebens gebe, die irgendwie Beziehung zu ihrer praktischen Betätigung gewinnen, ja möglicherweise in manchen Hinsichten auf sie umgestaltend wirken könne. Psychologie, Kenntnis der Menschenseele, ist vor allem für die Behandlung und Benützung der Zeugen und ihrer Aussagen durch den Juristen so nötig, wie — um einen Sternschen Vergleich zu gebrauchen —, für die Behandlung des Eisens durch den Techniker die Kenntnis der physikalischen und chemischen Eigenschaften des Eisens. Theoretische und praktische Studien in der Psychologie können den zum Juristen nicht Geborenen freilich nicht dazu machen, sondern je nach dem Grad seiner Befähigung möglicherweise verwirren und schablonisieren. Aber Stern weist richtig darauf hin, wie ja auch Kenntnis der Anatomie und der Perspektive das intuitive Erschauen des Künstlers nicht ersetzen. Er erinnert unter der Devise studere destruit studuisse construit an das Wort Fr. Th. Vischers: Der Künstler soll nicht Anatomie studieren, sondern studiert haben.

Ich will von den zahlreichen psychologischen Gründen, die eine Aussage beeinflussen, und von den vielen Fehlerquellen der Sinnes- und Erinnerungstäuschungen einmal ganz absehen und zur Beleuchtung nur eine einzige Ablenkungsursache nehmen, die die psychologischen Experimente begreiflicherweise nicht umfaßten. Sie ist, wie viele andere, rein forensisch. Alle Parteien und Rechtsanwälte wissen, welchen Einfluß auf die Aussage es hat, ob ein Zeuge der einen oder anderen Partei wohlwollend oder unsympathisch gesinnt ist. Unsere Ziviljustiz bemüht sich aber nicht, darnach vorsichtig bei der Aussage zu forschen. Wie hundertfach werden unsere Gerichte von verwandten, befreundeten oder beteiligten Zeugen angelogen, wie tausendfach aber von irgendwie beeinflußten oder auch von völlig neutralen Zeugen, auch ohne lügenhafte Absicht, nicht mit der Wahrheit bedient. Mit Recht sagt Groß (HB. für UR. 108), man habe, sobald man irgend eine Beziehung des Zeugen zur Sache finde, einige Verpflichtung, alles, was der Zeuge sage, mit Mißtrauen aufzunehmen. Es gibt viele so schwache Menschen, daß sie schon dann nicht mehr unbefangen sind, wenn sie eine Partei auch nur mit den Worten anspricht, sie würden demnächst da und darüber als Zeugen vernommen werden. Kein Mensch, auch nicht der stärkste, bleibt ganz unberührt, wenn mit ihm vorher über eine Sache gesprochen ist. Es kann schon sogar durch die bloße kategorische Fassung des Beweisbeschlusses die Erinnerung des Zeugen in eine bestimmte Richtung gedrängt werden. Bekanntlich ist das der Grund, aus dem die Ladung jetzt nicht mehr die im Beweisbeschluß formulierten Behauptungen selbst, sondern nur den Gegenstand der Vernehmung im allgemeinen enthalten soll. Der § 377 Ziff. 2 ZPO. wurde entsprechend geändert. Das wird aber sehr häufig, bei manchen Gerichten ständig, von den Gerichtsschreibereien außer Acht gelassen. Der ganze Wert einer Aussage kann dadurch beeinträchtigt werden. Ja es gibt Richter, die dem Zeugen nochmals den ganzen Beweisbeschluß vorlesen, womöglich mit der Einleitung: Sie sollen das und das bestätigen oder sind dafür angerufen. Es empfiehlt sich zur Abwehr gegen diesen Mißbrauch, die gegnerischen Zeugen alle zugleich gegenbeweislich anzurufen.

Es wäre absolut geboten, jeden Zeugen zu fragen, ob er bekannt oder befreundet oder verfeindet mit einer der Parteien oder ihren Verwandten oder Freunden sei. Ich habe in Briefen von Zeugen an Parteien gelesen, sie seien bei ihrer ersten Aussage mit der Absicht möglichster Schonung der einen Partei in einer Ehesache vor Gericht gegangen, wollten aber nunmehr, nachdem sich jene Partei der Schonung unwürdig gezeigt, rückhaltslos nochmals aussagen. Die zweite Aussage fiel erheblich anders aus, ohne daß Jemand auch nur auf den Gedanken eines fahrlässigen Falscheids oder eines Meineids kam. Man müßte sonst die halbe Nation einsperren, denn die Menschen sind nicht ohne Neigung oder Abneigung und es ist nicht zu viel, sondern zu wenig gesagt, daß gut die Hälfte aller Zeugen dadurch unbewußt beeinflußt wird. Schon wenn eine Partei demselben Ort angehört wie die Zeugen, während die andere Partei ortsfremd ist, kann dies einen großen Einfluß auf die Aussagen ausüben. Geschweige, wo es sich um Abhängigkeitsverhältnisse handelt. Ich sehe hier ganz ab von vorsätzlichen Unwahrheiten, wie z. B. die: Eine wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft zur Verfügung gestellte Ware wurde auf Anordnung des Gerichts vom Sachverständigen in der Fabrik des Käufers selbst unter Mitwirkung von dessen Arbeitern der zur Prüfung der Eigenschaft nötigen Verarbeitung unterzogen. Alle Proteste und Beschwerden des Verkäufers, der eine Untersuchung auf neutralem Boden verlangt hatte, waren von den Gerichten — weltfremd — als „durchaus" unbegründet abgewiesen worden. Es steht ja nichts in der PO. über den Ort der Prüfung. Bei einem hinterher in der Fabrik des Käufers ausgebrochenen Streik plauderte ein Arbeiter öffentlich aus, die Arbeiter des Käufers hätten auf Verlangen eines Werkmeisters hinter dem Rücken des Sachverständigen das schlechte Ergebnis absichtlich herbeigeführt. Ohne diesen Zufall wäre der Prozeß für den Verkäufer rettungslos verloren gewesen. Ich will aber hier nur von den unbewußten Aussagefälschungen reden. Nehmen wir sogar einmal den günstigen Fall, nämlich ganz neutrale Zeugen, so hat namentlich unsere Ziviljustiz noch keine Kenntnis von dem prekären Wert jeder Zeugenaussage. Groß kommt (Arch. für Strafrecht und Strafprozeß 1902, Heft 3–5) zu dem Ergebnis, daß wir vor allem den Zeugenaussagen nicht mehr jenen Wert belassen dürfen, den sie bis jetzt in so ausgedehntem Maße besessen haben und zwar nicht deshalb, weil Zeugenaussagen an sich wertlos seien, sondern weil man es bis jetzt versäumt habe, ihr Wesen als solches zu studieren. Die Zeugenaussagen werden nicht ihren Wert für die Justiz verlieren, sondern wir werden nur lernen, sie vorsichtiger und richtiger einzuschätzen, auch sie zu individualisieren und vor allem sie vorsichtiger und richtiger zu erheben und festzustellen. Gerade dadurch wird das Beweismittel im Interesse der Wahrheitsermittelung gegenüber der jetzigen Schablone nicht verlieren, sondern gewinnen. Daß aber seine innere Bedeutung auf ihr wahres Maß zurückgeführt werde, ist ein dringendes Gebot der Gerechtigkeit.

Das erste Ergebnis der Experimente war eine völlige Erschütterung der Vertrauensseligkeit, die den Zeugenbeweisen bisher entgegengebracht wurde. Hans Leuß erzählt in seiner Schrift „Aus dem Zuchthaus" (Berlin zuletzt 1907), daß in seinem Strafprozeß, in dem außer einer Zeugin nur er selbst, die objektive Wahrheit seiner Schuld kannte, die siebenzig über Indizien vernommenen Zeugenaussagen alle falsch waren, die einen mehr, die andern weniger. Das ist nach den neueren psychologischen Untersuchungen überhaupt nichts verwunderliches mehr. Sein Urteil, es sei mit unseren Zeugnissen nichts, und unsere Eide seien eine Sammlung von Irrtümern, ist in unserer heutigen unpsychologischen Justiz bis zu einem nicht unbeträchtlichen Teil wahr. So wie heute unsere Zeugen unpsychologisch vernommen und gewürdigt werden, kann man bis zu einem gewissen Grade seiner Prophezeihung beipflichten, eine reifere Zeit werde darüber geradesogut den Stab brechen, wie wir heute über die Erpressungen der Folter. Die fehlerlose Aussage ist nicht, wie der seitherige juristische Aberglaube annahm, die Regel, sondern auch bei völlig unbeteiligten gebildeten Zeugen erster Qualität die Ausnahme. Die experimentellen Untersuchungen an Erwachsenen und Kindern, Gebildeten und Ungebildeten, Männern und Frauen, haben auf das Schlagendste bewiesen, daß auch bei der normalen Zeugenaussage und zwar bei Zeugen, die den besten Willen haben, die Wahrheit zu sagen, mit zahlreichen und bedeutenden Auffassungs-, Erinnerungs- und Aussagefälschungen zu rechnen ist. Auch der Eid, (die Zeugen hatten das zu unterstreichen, was sie vor Gericht beschwören könnten), lieferte selbst bei Zeugen bester Qualität bei weitem keine Gewähr für Fehlerlosigkeit. Wenn auch danach weniger falsche bestimmte Behauptungen vor Gericht aufgestellt worden wären, so blieben doch auch diese quasigerichtlichen Aussagen voller Fehler. Alsdann trat der große Unterschied zwischen dem Bericht (d. i. der spontanen Aussage nach § 396 Abs. 1 ZPO. und § 68 Abs. 1 StPO.) und dem Verhör (d. i. den Antworten auf die zur Aufklärung und Vervollständigung gestellten Fragen nach § 396 Abs. 2 ZPO. und § 68 Abs. 2 StPO.) hervor.

Es wurde folgendes Ergebnis festgestellt: Unter den günstigsten Bedingungen einer mit aller Muße und der Absicht der Einprägung gemachten Beobachtung sowie unmittelbarer nachheriger Aussage in Form

des Berichts war deren positiver Inhalt zum vierten Teil falsch. Das Verhör zeigte 5½ mal mehr Fehler als der Bericht.

Innerhalb des Verhörs zeigte sich wieder ein großer Unterschied zwischen der indifferenten Frage (wie war das?) und der Suggestivfrage (war das so und so, oder war das nicht so und so? u. dgl. m.) Die Suggestivform der Frage erzeugte grobe Verfälschungen der Aussage auch bei Erwachsenen, in viel größerem Umfang als man gemeinhin glaubt. Stern verlangt daher, daß die Suggestivfragen gesetzlich als unzulässig zu bezeichnen seien. Dabei scheint mir die Ausnahme zu machen, daß Suggestivfragen, gleichsam als Gegengift vorsichtig gebraucht, zur Entlarvung interessierter und suggestiv bearbeiteter Zeugen sehr dienlich sein können; gerade da aber erscheinen sie in der Gerichtspraxis kaum.

Viel häufiger als gemeinhin angenommen sind Mißverständnisse. Auch darauf erstreckten sich die seitherigen psychologischen Untersuchungen nicht. Man verspricht und verhört sich sehr oft. Durch die Erfahrung in der Berufungsinstanz ist dies über allen Zweifel erwiesen. Sehr oft — beinahe stets — stellt sich dies bei wiederholten Vernehmungen in zweiter Instanz heraus, wenn dabei der Zeuge wirklich nochmals vernommen und ihm nicht bloß sein früheres Protokoll vorgelesen wird. Von Aufhellung solcher Mißverständnisse ist natürlich sehr zu unterscheiden eine Veränderung in der Erinnerung des Zeugen selbst oder als Folge des anders nuancierenden Richters. Sehr häufig ist falsches Verstehen infolge Dialektverschiedenheit zwischen Richter und Zeugen. Der Zeuge versteht das Hochdeutsch des Richters oft nicht, auch wenn es nicht Gelehrtendeutsch ist; und der Richter versteht oft, wenn er nicht völlig heimisch im Idiom des Zeugen ist, diesen nicht.

Oft kommen auch übereilte Antworten heraus, und bei nochmaligem ruhigem Befragen und Überlegen zeigt sich die Sache anders, sodaß nicht selten die schließliche Antwort das gerade Gegenteil der früheren ist. Unerfahrene kommen dann manchmal mit auffälligen Widersprüchen, in die sich der Zeuge vermeintlich verwickelt habe, während häufig nur Unbeholfenheit der Zeugen im Spiele ist. Wie oft wird uns Anwälten gesagt, der und der Zeuge sei furchtbar „tappig". In anderen Fällen, wo parteiisch gesinnte Zeugen wirklich in ihrem wahren Wert ans Licht kämen, wenn sie geschickt und vorsichtig verhört würden, wird alles dies dadurch verdorben, daß der Richter das von ihm für richtig gehaltene ausgesprochene Bestreben hat, Widersprüche mit anderen Zeugenaussagen vermeiden zu lassen. Er teilt sogar diese Widersprüche manchmal auch sichtlich voreingenommenen Zeugen mit, und läßt sie verwischen, sodaß die zufällige Reihenfolge in der die Zeugen vernommen werden, eine den wenigsten Richtern, wohl aber allen Anwälten bekannte Rolle spielt.

Bei den mehrfachen Experimenten mit Aussagen über nachgeahmte Vorgänge des wirklichen Lebens zeigte sich ferner ein Unterschied zwischen Aussagen über Tatbestände, denen bewußte Aufmerksamkeit geschenkt wurde und solchen, bei denen dies nicht der Fall war. Jene waren wenigstens in den groben Umrissen und Hauptmomenten überwiegend richtig, diese dagegen waren nicht nur außerordentlich lückenhaft, sondern auch in ihren positiven Teilen außerordentlich falsch. Die oft von Richtern gestellte Frage, ob der Zeuge das und das gesehen oder gehört haben müßte, wenn es geschehen oder gesagt worden sei, hat sich als psychologisch unrichtig erwiesen.

Besonders unzuverlässig zeigten sich die Aussagen über Farben und die Schätzungen von Zeiten und räumlichen Maßen. Bei kleinen Zeiten und Längen zeigten sich fast durchgehends große Überschätzungen, bei großen ebensolche Unterschätzungen.

Über die psychologische Ausbildung der Juristen werden folgende beiden Leitsätze aufgestellt:

Erstens:

Wissenschaftlich-psychologische Schulung ist für jeden angehenden Juristen zu fordern, und zwar nicht nur eine gewisse Kenntnis der theoretischen Psychologie, sondern auch eine Bekanntschaft mit ihrer experimentellen Methodik, namentlich auf dem Gebiet forensisch-psychologischer Probleme. (Leitsatz 17)

Zweitens:

Jeder angehende Jurist sollte an sich selbst erfahren, was es heißt: sich erinnern und aussagen; deshalb sollten kleine Aussagenexperimente in jedem kriminalistischen und Strafprozeßseminar vorgenommen werden (Leitsatz 18).

Immer wieder die irrige Beschränkung auf das Strafrecht! Ganz ähnliches gilt aber für Zivilrecht und für Zivilprozeß und zwar nicht nur für Delikte und deliktähnliche Tatbestände, sondern vor allem auch bei Feststellung von rechtsgeschäftlichen Verhandlungen.

Sehr wichtig waren auch die Experimente über den Einfluß der Zeitdistanz und wiederholter Vernehmungen. Innerhalb dreier Wochen verursachte die Zeitdistanz von Tag zu Tag eine Steigerung der Verfälschung. Nur in der allerersten Zeit kann auch eine Klärung eintreten. Es zeigte sich, daß die Zeitdistanz im allgemeinen nicht nur eine das Vergessen fördernde, sondern auch die Aussage verfälschende Wirkung hat. Auch hat die Erinnerung eine starke Tendenz zu sukzessiver Selbststeigerung ihres Inhalts. Stern stellt den Satz auf, daß bei mehrmaligen Aussagen über denselben Tatbestand die früheren Aussagen durchschnittlich die größere Glaubwürdigkeit haben. Dieser Satz muß aber,

wie ich hinzufügen möchte, eingeschränkt werden, wenn inzwischen Tatsachen dem Zeugen bekannt geworden sind, die die frühere Aussage als unrichtig kennzeichnen. Auch auf solche Ablenkungen konnten sich begreiflicherweise die seitherigen Versuche nicht beziehen und doch spielen sie in der juristischen Praxis eine große Rolle. Das Ergebnis ist: je größer der Zeitraum zwischen Wahrnehmung und Aussage ist, desto mehr ist Raum für die Wirkung fälschender Außeneinflüsse gegeben. Als solche hebt Stern hervor: das Besprechen und wenn auch gutgläubige Zurechtlegen der zu gebenden Aussagen mit anderen Zeugen, das Hörensagen, das private Ausgefragtwerden, die Suggestion durch Zeitungsberichte und Abbildungen, der Parteien Gunst und Haß usw. Unsere Richter wissen nicht und beachten nicht, daß sogut wie sämtliche Zeugen von den Parteien vorher ausgefragt sind und sei es auch nur in der Absicht, das Beweismittel zu ermitteln. Insoweit ist das vorherige Befragen meist garnicht zu vermeiden. Gerade die Zeugen, die als Vertreter der Partei gehandelt, sind ja dann die, die darüber allein Informationen erteilen können. Aber Niemand ist dabei, Niemand kontrolliert, ob und bis zu welchem Grade diese erste Befragung suggestiv ist. Es wäre schon ein Fortschritt, wenn jeder Zeuge darüber und insbesondere nach gewechselten Briefen gefragt würde. Aber wenn eine Sache gar im Schoße der Familie mit den verwandten und bediensteten Zeugen wochenlang hin und her verhandelt wurde — und das ist doch stets der Fall — ist der Wert solcher Zeugenaussagen am prekärsten.

Die Jugend müßte zur Zuverlässigkeit in der Beobachtung der Erinnerung und der Aussage erzogen werden. Das wäre tausendmal mehr wert, als das Wissen sämtlicher masculina auf is oder der mythischen Könige von Argos oder Rom. Jene Erziehbarkeit ist gleichfalls durch praktische Versuche festgestellt. Die Beobachtungsgabe der darin nicht geübten oder an einer Tatsache nicht interessierten Menschen ist erstaunlich gering. Sie sehen nicht und sie hören nicht. Kleidermacherinnen, die einem Kind regelmäßig die Kleider anmaßen und anprobierten, hatten nichts davon gemerkt, daß es eine abnorm hochstehende rechte Schulter hatte. Wieviele können aus dem Kopf ihr täglich vielfach gesehenes Zweirad auch nur schematisch zeichnen? Wieviele wissen, wie die römische Vier auf ihrer tausendfach angesehenen Taschenuhr aussieht oder welchen Teil der Sechs das Sekundenzifferblatt übrig läßt? Und ähnlich schlecht wie die Beobachtung funktioniert bei vielen die Erinnerung. „Würde jeder zukünftige Richter, ehe er zum erstenmale Zeugen vernimmt, auch nur ein einziges Mal einen solchen Einblick in das Funktionieren seiner eigenen Erinnerung erlebt haben, es wäre sicher von Einfluß auf die Art, wie er späterhin Zeugenaussagen verlangt, erzielt und bewertet." (Stern, Beiträge II, 123).

Unsere Techniker werden auf den Hochschulen zur Beobachtung und Selbsttätigkeit erzogen, ebenso unsere Ärzte, nicht aber unsere Juristen und Philologen. Auch diese hätten seit Generationen die Unsinnigkeit und Schädlichkeit des grammatischen Drills beobachten können. Daß sie es nicht getan haben, ist für den Kenner der menschlichen Natur sowenig verwunderlich, wie daß die Juristen die Fehler unserer Justiz nicht besser und mehr beobachten. Sie haben es beide nicht gelernt. Nur so erklärt sich unser gelehrter Schul- und Justiz-Schlendrian und die hartnäckige Philologen- und Juristen-Orthodoxie. Nehmen wir folgende Beispiele für die, wie wir gleich sehen werden, sogar experimentell festgestellte, mangelhafte Beobachtungsgabe der Juristen! Aus dem täglichen Ringen der Parteien um den Eid müßten doch die Juristen nicht nur den ganz geringen wahren Beweiswert auch des gutgläubigen Eides Beteiligter, sondern vor allem auch erkennen, wie das Interesse die Wahrnehmung und Erinnerung beherrscht, und wie wenig es auf den zufälligen Umstand ankommt, daß ein Zeuge nicht „unmittelbar" gerade an diesem Prozeß beteiligt ist. Nichts von alledem aber ist in der Praxis sichtbar. Ein anderes Beispiel: Viele Richter sind der Ansicht, Zivilprozesse könnte man eigentlich der Regel nach aus den Akten entscheiden, also mit schriftlichem Verfahren! Die nämlichen Richter, die jede Woche in der Strafkammersitzung einmal die ganze Aktenherrlichkeit in der Hauptversammlung in den Staub sinken sehen, geben sich an einem anderen Tag der nämlichen Woche in der Zivilkammer mit Aktenwahrheit zufrieden! Das Protokollunwesen hat unsere Ziviljuristen so verstrickt, daß sie ihre Aktenurteile für richtig halten, weil sie mit plausiblen typischen „Begründungen" versehen sind. Und unsere Juristen sind so schlechte Beobachter, daß ihre eigenen tausendfachen Wahrnehmungen, wonach die Sachen bei persönlichem Verkehr mit den Menschen fast immer ein anderes Gesicht annehmen, beinahe spurlos an ihnen vorübergehen. Wie tief würde hier eine psychologische Vorbildung eingreifen!

Manches läßt sich in der forensischen Praxis freilich nicht so durchführen, wie in dem psychologischen Seminar. Wie Heilberg und Gottschalk (Beiträge I S. 239 und II. S. 555) mit Recht hervorheben, gestaltet sich in der Praxis unvermeidlich das Verhältnis von Verhör zu Bericht meist umgekehrt, als wie es das Gesetz gemeint hat. Dem Zeugen geht oft die Fähigkeit der zusammenhängenden Darstellung ab und noch öfter verliert er sich in Unwesentliches. Der Richter aber hat meist nicht die Zeit, aber auch nicht die Geduld, den Zeugen ruhig bis zu Ende zu hören und dann

erst Korn und Spreu zu sondern. Das Frage- und Antwortspiel tritt daher viel zu früh ein und da läuft eine ganz unglaubliche Menge von Suggestivfragen unter. Die dem Richter unbewußten Suggestivfragen aller Grade sind weit die Mehrzahl aller Fragen.

„Die Zahl der Justizirrtümer würde sich mindern, wenn der Richter in der Lage wäre, das Produkt der Suggestivwirkung in einer Zeugenaussage von dem wirklichen Tatsachenkern zu unterscheiden, er würde nicht Gefahr laufen, die suggerierte Erinnerungsfälschung und Phantasielügnerei mit dem Meineid in einen Topf zu werfen, er würde sich in dem Verhör von Zeugen größere Zurückhaltung auferlegen, um keine Details hineinzuexaminieren und viel eher die Wahrheit von einem Phantasieprodukt unterscheiden können." (von Schreck-Notzing hier, zitiert nach Görres: Der Wahrspruch der Geschworenen, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, Halle a. S. 1905, 2. Heft, 40). Bei psychologischer Ausbildung würden die Richter wissen, daß die mangelhafte Erinnerung durch das als normal Erwartete ergänzt wird, daß auch bei einer geringen Dosis Autosuggestion das Interesse und der Wunsch der Vater der Erinnerung ist, daß insbesondere „aus der subjektiven Gewißheit, mit der ein Zeuge aussagt, für sich allein auf die objektive Wahrheit der Bekundung nicht geschlossen werden kann, und daß mit der Formel gebrochen werden muß: diese oder jene vielleicht an sich auffallende aber vom Zeugen mit Bestimmtheit unter Eid bekundete Wahrnehmung müsse als wahr angenommen werden, wenn man nicht geradezu einen Meineid des Zeugen unterstellen wolle." (Landgerichtsrat Gmelin in „Juristisch-psych. Grenzfragen" 1906 Heft 3).

Die Sternschen Versuche ergaben für die Juristen aber noch etwas ganz besonders Gravierendes. Die Durchschnittswerte der Aussagen der studierenden Juristen standen nämlich denen der übrigen Studenten ganz erheblich nach. Einer von den Juristen hat ständig so falsch ausgesagt, daß er als abnorm von den Durchschnittsberechnungen ausgeschaltet werden mußte. Er hat sicherlich dabei seine juristischen Prüfungen mit der ersten Note bestehen können; denn diese verlangen weder Beobachtungsgabe noch Menschenkenntnis. Die noch spärlichen Experimente sind allerdings kaum geeignet, den Satz über die Mangelhaftigkeit der Juristenaussagen als allgemeine Wahrheit gelten zu lassen. Aber zu denken geben die Resultate nach dieser Richtung immerhin. Auch in den Realanstalten ist ja die Vorbildung schlecht. Ihr unpraktischer Mathematikwust, der mit wahrer Mathemathik nichts zu tun hat und gegen den auch neuerdings reformatorische Mathematiker selbst. Front machen, ist beinahe noch verheerender als die totsprachliche Wortgelehrtheit. Die Studierenden kommen, um mit Geh. Rat Prof. Dr. Riedler in Charlottenburg, zu reden, an die Hochschule: fremd der Wirklichkeit, blind für Beobachtung und ungedruckte Tatsachen, blind für Anschauung und Vorstellung, ganz abgesehen von den klaffenden mathematisch — naturwissenschaftlichen Lücken. Nicht die einfachste Maschine verstehen sie. Die Ärzte, Naturwissenschafter und Techniker überwinden durch die moderne Ausgestaltung ihres Hochschulstudiums meist die Mängel ihrer unnatürlichen abstrakten Mittelschulbildung. Anders die Juristen.

Der Grund der von Stern beobachteten Erscheinung der durchschnittlich schlechten Juristenaussagen kann nur in der völlig verkehrten und dem Leben abgewandten Gestaltung der universitätsmäßigen Rechtswissenschaft und ihres Studiums belegen sein. Das aber ist ein Todesurteil gegen diese Wissenschaft nnd dieses Studium. Denn die Beobachtung von menschlichen Verhältnissen und Vorgängen soll ja gerade das Spezifikum des Juristen sein, darin soll er andere, die Laien, übertreffen. Alles, was der Jurist jetzt „spezifisch" lernt, macht ihn also auch auf diesem tatsächlichen Gebiet — so wie wir es in dem früheren Aufsatz für die Rechtsauslegung gesehen haben — nicht fähiger, sondern unfähiger, menschliche Dinge richtig zu beurteilen, der gescheite Laie übertrifft ihn also auch darin, nicht umgekehrt. Mit anderen Worten: die Juristen selbst wären im allgemeinen viel tauglicher als Richter, wenn sie keine Juristen wären.

Die ausgeklügelten Beweiswürdigungen in den Entscheidungsgründen erwecken auch hier nur den falschen Schein der Überlegenheit. Wie auf dem Gebiet der Rechtsauslegung nur Soziologen, so sind auf dem Gebiet der Wahrheitsermittelung nur Psychologen den gescheiten Laien überlegen.

IV. Beweisprotokolle und Vernehmungskunst.

Die Ziviljustiz unserer über die Tatfrage entscheidenden Kollegialgerichte (Landgerichte und Oberlandesgerichte) beruht wesentlich auf der Beurteilung der von einem Gerichtsmitglied oder einem auswärtigen Amtsrichter aufgenommenen Zeugenprotokolle. Von der Protokollvernehmung gilt noch mehr, was der Nervenarzt Dr. Diel (Beiträge I, 115) überhaupt von der Art sagt, wie unsere Zeugen vernommen werden, daß sie nämlich voll psychologischer Ungeheuerlichkeiten stecke. Diese Protokolle verdienen daher noch eine besondere Betrachtung.

Hätten unsere Richter im Durchschnitt mehr von der — sozusagen künstlerischen — Intuition, die in jedem Menschen nach der Art seines Benehmens, Sprechens, Aussehens, Kleidens usw. seine von jeder anderen völlig verschieden geartete Individualität erschaut, so wäre es überhaupt undenkbar, daß die wichtigsten Zivilprozesse wesentlich nach geschriebenen Protokollen entschieden werden. Diese sind in der Sprache des diktierenden Richters abgefaßt. Das Instrument der Sprache ist so fein, daß die ganze Färbung oft von dem diktierenden Richter abhängt. Bei Kaufleuten und überhaupt bei den im schriftlichen Ausdruck gewandten Zeugen wäre es um ein vielfaches besser, wenn sie zunächst zur schriftlichen Aufzeichnung ihrer Aussage angehalten würden. Diese würde sicher, zumal in den Nuancen, richtiger ausfallen, als das von einem anderen Kopf in seinem eigenen Stil gefaßte Protokoll. Aber wie wir das c'est le ton qui fait la musique ausschalten, so das le style c'est l'homme. Der Zeuge, wenn er auch nur durch Wohlwollen beteiligt ist, ändert oft, sobald er merkt, worauf es ankommt, unwillkürlich oder bewußt die Nuance. Oft fällt die Antwort anders aus, je nachdem der Richter oder der Anwalt oder der Gegenanwalt die nämliche Frage stellt. Schon deshalb kann einem Mangel richterlicher Fragekunst nur sehr unvollkommen durch Parteibefragung abgeholfen werden.

Beim Vorlesen hören die meisten Zeugen nur halb zu und haben meist weder die Fähigkeit des Verstehens noch den Mut des Korrigierens. Der Laienzeuge — zumal der weniger gebildete — korrigiert fast nie, sondern wundert sich höchstens, in wie schöner Sprache das Protokoll ihn zusammenhängend reden läßt. Das alles sehen wir den Protokollen nicht an. Unsere Protokolle unterscheiden nicht einmal einigermaßen richtig zwischen Bericht und Verhör. Und doch hat sich nach dem im vorigen Abschnitt Ausgeführten die Forderung des französ. Psychologen Binet, bei der Vernehmung zwischen dem Bericht und Verhör zu scheiden und bei letzterem die Fragen mitzuprotokollieren, ev. mit Hilfe der Stenographie, als absolut notwendig erwiesen[1]).

Aber auch wenn unsere Protokolle besser wären, ja wenn sie dem Ideal von Protokollen entsprächen, wären sie untauglich als Grundlage des Urteils.

Der Notbehelf der Zeugenaussagen muß vor allem in der einzigen Form benützt werden, in der er dem intuitiven Menschenkenner und Psychologen, die unsere Richter sein müßten, ein Bild der Wahrheit erschauen lassen kann, und das ist die persönliche Vernehmung vor Gericht. Eine Schreibe ist keine Rede — dieses Wort Fr. Th. Vischers gilt nicht nur von den eigentlichen Reden, sondern auch von allem Aktenwerk gegenüber persönlichen Aussagen. Ich habe noch niemals aus den Akten ein wahres und vollständiges Bild von der Natur einer wirklich streitigen Sache bekommen können. Noch jedesmal, wenn ich mit einer Partei ihre Sache besprach, verschwand die Schablone und kam ich der Wahrheit näher. Das ganze Bild der Persönlichkeit befreit oft von aktenmäßigen Vorurteilen nach der einen oder der anderen Richtung. Leute, die ich mir nach ihren Briefen als bösartige Querulanten vorstellte, entpuppten sich als ganz harmlose und schüchterne Menschenkinder und umgekehrt in allen möglichen Spielarten. Selbst wenn also unsere Richter nochsogut für ihren Beruf vorbereitet und selbst wenn die Protokolle nochsogut aufgenommen wären, so könnten diese doch niemals das Bild der Zeugen und Parteien selbst ersetzen. Den Augenschein haben die alten Prozessualisten die Königin der Beweismittel (regina probationum) genannt. *Dieses vornehmste Beweismittel muß in erster Linie auf die Person der Zeugen und Parteien angewendet werden, so wie dies regelmäßig im strafrechtlichen Verfahren geschieht.* Dieses wichtigsten Beweismittels beraubt sich aber unsere privatrechtliche Protokolljustiz und damit des besten Hilfsmittels für die intuitive Beurteilung der Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der Menschen. Von der Intuition, der Erkenntnis durch Anschauung, sagt Locke („Versuch über den menschlichen Verstand"), sie sei der höchste Grad der Wahrheit und Gewißheit, deren der menschliche Geist fähig sei und für den Verstand von einer ebenso unwiderstehlichen Gewalt, wie der Strahl der Sonne für das Auge. Aussagen kann nur beurteilen, wer sieht, wie der Aussagende aussieht, wie er sich bei der Aussage benimmt, wer hört, was und wie der Zeuge gefragt wird, was und wie er antwortet, wie er errötet oder erblaßt, mit welcher Stimme, mit welcher Geberde, mit welcher Sicherheit, mit welcher Voreingenommenheit er spricht, wie er anders spricht, je nachdem die Frage vom Freund oder Gegner ausgeht, mit welchem Versuch der Übertreibung oder Abschwächung usw. *Die Ziviljustiz unserer Kollegialgerichte schaltet das Allerwichtigste für*

[1]) „Je crois, qu'il est utile, avant d'apprécier la valeur du témoignage, de se demander ceci: ce témoin a-t-il fait de déclaration spontanée ou bien n'a-t-il fait de déclaration que pour répondre à une question? Si cette dernière alternative est exacte, il importe de connaître la nature de la question; elle forme avec la réponse un fait indivisible, puisqu'elle exerce une si grande influence sur la réponse. Une réponse, si elle est isolée de la question qui la provoque, présente une valeur douteuse. Binet La suggestibilité, Paris 1900 S. 316, hier zitiert aus den Beiträgen I S. 460.

die Wahrheitserforschung, nämlich die persönliche Intuition aus, und damit die Möglichkeit, daß die Stimme der Wahrheit von draußen unvermittelt in der Brust des Richters die gleichgestimmte Saite trifft. Lavater erkannte den wahren Weisen wie den echt Ehrlichen usw. vornehmlich aus der Art, wie er hört, und Groß bezeichnet es als sicher, daß der erfahrene Kenner aus dem Mienenspiel und dem ganzen Gehaben des Gesichts viel mehr und zweifelloseres entnehmen kann, als alle Worte zu sagen vermögen. Selbstverständlich kann der Richter Menschen nicht beurteilen, wenn er sie wesentlich nur vor Gericht sieht, wenn er sie nicht draußen kennen gelernt hat, in der Welt und im Verkehr. Menschen in Prozessen kennen zu lernen ist aber noch eine Spezialkunde. Und diese Spezialkunde erwirbt am besten, wer, wie der Rechtsanwalt, die Menschen als Berater in ihrer Eigenschaft als Prozeßpersonen intim und vertraulich Jahre lang zu beobachten Gelegenheit hat.

Wir stecken in der Jurisprudenz noch ganz in der Aprioristik, etwa da, wo die Chirurgie stand, bevor Josef Lister die antiseptische Wundbehandlung einführte[2]).

Unsere Zivilwissenschaft hat auf dem Gebiet der Wahrheitsermittelung noch gar nicht angefangen; die einzig wissenschaftliche Methode, die naturwissenschaftliche, fehlt hier noch ganz. Die Feststellung des Tatbestands, sagt Brütt (die Kunst der Rechtsanwendung Berlin 1907 S. 42) ist Beweisfrage und keine spezifisch juristische Tätigkeit.[3]) In Wahrheit ist sie, von den beiden spezifischen juristischen Tätigkeiten die wichtigere und schwierigere. Aber kein Reichsgericht wacht darüber, daß nicht offenbare Grundsätze der Psychologie oder Vernehmungskunst verletzt werden.

Unsere Gelehrten und unsere Gesetze halten eben für Wissenschaft nur das, aus Gesetzestexten nach Motiven und logischen Kategorien zu deduzieren und zu konstruieren; die ganze reiche Lebenswissenschaft ist für sie unbekanntes Land. Jede Vernehmung eines Zeugen wäre sonst eine künstlerisch und wissenschaftlich hochinteressante Handlung, ja ein Phänomen, selbst in der gewöhnlichsten, von unseren besten Richtern als langweilig und interesselos verschrieenen Ehesache. Jetzt ist die Vernehmung regelmäßig eine öde, gleichförmige Werktagsarbeit. Gerade auch hier gilt der Satz, den ein Anonymus in „Gedanken zur Reform der Rechtspflege“ (Leipzig 1907) dem wahren Richter zuruft: wie eine Sonne muß die Freude an der gerechten Ordnung der Dinge sein Denken durchleuchten. In ihrem jetzigen Zustand ist die Beweisaufnahme im Zivilprozeß eine ebenso furchtbare Gefahr für Recht und Gerechtigkeit, wie nach Groß die handwerksmäßige Werktagsarbeit es für das Strafrecht ist. „Wer seine Zeugen vernimmt, nur damit sie vernommen sind und seine Fälle erledigt, nur damit die Nummer glücklich draußen ist, der wird freilich wenig Gelegenheit finden, die Menschen kennen zu lernen; will er das, so muß ihm jedes Individuum, das seine Amtsstube betritt, schon von vornherein zum interessanten Objekt für seine Studien werden“. Groß, Handbuch für UR. 56). Wer die Zeugenvernehmung als bloßes Geschäft besorgt, wer nicht das Leben, wo er es packt, interessant findet, der kann auch den Zeugen nicht interessieren, der macht ihn verdrossen. Welcher enorme Unterschied aber zwischen der Leistung eines verdrossenen und widerwilligen Zeugen und eines solchen, der Lust und Interesse an der Sache bekommen hat, nicht nur inbezug auf die Qualität der Aussage sondern auch inbezug auf deren Wahrheit und Verläßlichkeit ist, auch darauf hat Groß zutreffend hingewiesen.

Selbstverständlich gilt im allgemeinen alles von den Zeugen Gesagte entsprechend für die Sachverständigen. Sachverständige geben im Gegensatz zu den Zeugen ihre Aussagen in der Regel schriftlich ab. Eine weitere Verschiedenheit ist die, daß Sachverständige, wie Richter, insbesondere wegen Besorgnis der

---

[2]) „Noch im Jahr 1864“, erzählt der bekannte Chirurg Vincenz Czerny in der Frankfurter Zeitung vom 4. April 1907 Nr. 93 in einem Aufsatz über Lord Lister, „als ich in Wien Zuhörer bei dem scharfsinnigen und trefflichen Operateur Schuh war, mußte die Klinik 6 Wochen gesperrt werden, weil fast zu allen Wunden Hospitalbrand und Rotlauf hinzugetreten war. Zu derselben Zeit langweilte uns Karl Braun mit langatmigen Vorträgen über Genius epidemicus, über den Einfluß der Hospitäler auf den Verlauf des Wochenbetts und über die Notwendigkeit, durch geregelte Ventilation der Krankensäle die Zahl der Opfer des Kindbettfiebers zu vermindern.“ Auch jene Gelehrten und Praktiker fanden sicher alles in bester Ordnung und waren von ihrer hohen Wissenschaft überzeugt!

[3]) Nur durch diese Auffassung erklärt sich ja auch das Eintreten der ersten Strafrechtstheoretiker für das Schwurgericht. Zu dessen Anhängern gehört merkwürdigerweise auch v. Liszt, der doch in seinem kriminalistischen Seminar selbst durch drastische Experimente ersehen hat, wie nötig auf diesem Gebiet besondere Schulung ist. RGRat Dr. Düringer erklärt (im „Recht“ 1907, 1029 und 1389) die Behauptung, daß unsere Zivilrechtswissenschaft die Tatfrage für nichts spezifisch Juristisches halte, für einen unbegründeten, ja unverantwortlichen Vorwurf. Für das Gegenteil ruft er an: Ihering „Jurisprudenz des täglichen Lebens“ — eine Sammlung von Rechtsfällen! — und Danz „Auslegung der Rechtsgeschäfte“ — eine Monographie über die Auslegungslehre! Diese Werke enthalten über die Zeugen- und Sachverständigenaussage, über die Sinnes- und Erinnerungstäuschungen, die Suggestionen u. s. w. nicht eine Silbe; soviel ich gefunden, kommt das Wort Zeuge darin gar nicht vor. „Unverantwortlich“ ist, daß auch unsere besten jetzigen Justizvertreter das gänzliche Fehlen einer zivilistischen Psychologie nicht einmal fühlen

Befangenheit abgelehnt werden können. Solche Ablehnungsgesuche werden aber oft ohne alle Menschenkunde sehr ungünstig aufgenommen. Auch hier wird übersehen, daß die entfernteste Beziehung genügt, um das Denken zu beeinflussen. Das weiß das ganze Volk draußen ganz genau. Nur unsere Richter sehen der Regel nach in dem Sachverständigen nicht nur den Besitzer einer beinahe unangreifbaren mystischen Weisheit, sondern sie verlegen auch ohne weiteres ihre eigene durch langjährige Übung ihnen zur zweiten Natur gewordene Unabhängigkeit und Objektivität in die Seele der Sachverständigen hinein. Was auch bei diesem Beweismittel selbst einfache Sympathie und Antipathie ausmacht, das wissen die Parteien und die Rechtsanwälte, aber nicht die Richter, die es doch aus den in der Regel pro quaerente ausfallenden „Privatgutachten" längst gemerkt haben müßten. Ich habe erlebt, daß nicht einmal darin eine Besorgnis der Befangenheit gefunden wurde, daß der Sachverständige vor vielen Jahren Lehrling der einen Partei gewesen war! Die Beschwerde gegen diese Weltfremdheit wurde vom Reichsgericht zurückgewiesen.

Innig im Zusammenhang mit der Psychologie der Aussage steht die Vernehmungskunst. Auch darin sind unsere Juristen nicht ausgebildet.[4]) Wie sich kein Mensch genau nach der nämlichen Art wäscht wie der andere, so wenig vernimmt ein Richter einen Zeugen genau so zu Protokoll wie der andere. Und wenn der nämliche Zeuge sechsmal hintereinander vor sechs verschiedenen Richtern zu Protokoll vernommen würde, kämen sechs verschiedene Protokolle heraus. Ich brauche nur darauf hinzuweisen, daß der eine Richter, der etwas Mißverständliches oder auch zunächst ungeschickt vom Zeugen Ausgedrücktes protokolliert hat, wenn sich der Punkt aufklärt, einfach den Text korrigiert, während ein anderer — manchmal der Schönheit des Protokolls wegen oder um sein Diktierpathos nicht zu unterbrechen — so weiterdiktiert, daß der Zeuge einen Widerspruch berichtigen läßt. Das braucht dann nur z. B. so gefaßt zu sein: „Auf Vorhalt: Ich muß mich dahin berichtigen usw." und der dritte Leser merkt nicht, daß vielleicht ein schlechtes Zuhören zugrunde lag und daß der Richter, nicht der Zeuge, sich zu verbessern hatte. Auf tausend andere Verschiedenheiten, wie die manchmal schrecklichen, verblaßten, schiefen, falschen, mißverständlichen Übersetzungen aus der lebendigen Mundart in die tote Schreibsprache kann hier nicht eingegangen werden. Sicher ist, daß ein Protokoll überhaupt nur lesen kann, wer bei seiner Aufnahme zugegen war. Meist läßt man den Zeugen zunächst nicht einmal ausreden, ehe man zu diktieren beginnt. Oft kommt alles auf die Art an, wie der Zeuge behandelt wird, freundlich oder unfreundlich, mit Geduld oder Ungeduld. Durch energisches Auftreten kann bekanntlich jeder Zeuge schwankend gemacht werden. Anderseits ist ein voreingenommener oder zu Unwahrheit entschlossener Zeuge oft nur durch Energie zur Besinnung und Wahrheit zu bringen.

Ebenso kommt viel darauf an, wie der Zeuge selbst gelaunt ist, durch stundenlanges Erwarten ermüdet oder nicht usw. Vor allem ist auch wichtig, was der Zeuge gefragt wird. Kant „Kritik der reinen Vernunft" (Ausgabe von Kirchmann S. 105) bezeichnet es als einen großen und nötigen Beweis von Klugheit und Einsicht zu wissen, was man vernünftigerweise fragen solle. Denn ungereimte oder unnütze Fragen verleiten oft zu ungereimten Antworten. Kant gebraucht dafür das alte Bild, daß der Eine den Bock melkt und der Andere ein Sieb unterhält. Auch die bekannte Szene in Dickens' Pickwickiern II, Kapitel 7 wird in hundert Variationen aufgespielt[5]).

Der vernehmende Richter spricht bei unseren Verhören in der Regel viel zu viel selbst und mehr

[4]) Düringer a. a. O. leugnet, daß sich in der Psychologie der Zeugenvernehmung unterrichten, „dozieren" lasse. Das sollte nach den erwähnten Werken von Groß nicht mehr erlaubt sein. Groß versteht und behandelt unter Kriminalpsychologie geradezu die Vernehmungskunst und die Psyche des Richters. Spinoza hat einmal gesagt: ignorantia non est argumentum. Einen natürlich begabten Menschen kann man auf geistigem Gebiet sozusagen alles lehren, einen unbegabten nichts. Das Beste muß Jeder immer selbst mitbringen und später lebendig fortbilden. Aber lernen kann man die Grundlagen und man kann sich üben und ausbilden. Muß ein musikalisch Begabter das nicht? Düringer hat noch nicht mit den Zähnen geknirscht, wenn unsere besten Richter Suggestivfragen stellen, oder sich durch einen nachträglich beeidigten Ehemann oder durch einen sofort als „Vertreter" beeidigten Verwandten oder durch einen Handlungsgehilfen oder Arbeiter des einen Teils einseifen lassen. Der Richter spürt eben nicht, wie der Anwalt, die Nöten und Gebresten der Justiz sozusagen am eigenen Leib. Insofern hat Düringer ganz recht, wenn er sagt, daß ich, wäre ich Richter, nicht behaupten würde, daß man hinterm Richtertisch die Menschen nicht kennen lerne. Ich würde nämlich dann, ohne meine Erfahrung als Anwalt, keine Ahnung davon haben, welchen Umfang die Weltfremdheit unserer Gerichte auch auf diesem Gebiet hat.

[5]) Der Anwalt Skimpin fragt den Zeugen nach dem Namen (in England vernehmen die Vertreter).

„Winkle" antwortet der Zeuge.

„Ihr Taufname, Sir" fragt der kleine Richter ärgerlich.

„Nathaniel, Sir".

„Daniel — vielleicht noch andere Taufnamen"?

„Nathaniel, Sir — Mylord wollte ich sagen".

„Nathaniel Daniel oder Daniel Nathaniel?"

„Nein, Mylord, bloß Nathaniel, nicht Daniel."

„Warum sagten Sie denn vorhin, Sie heißen Daniel Sir?" fragte der Richter.

„Das habe ich nicht gesagt, Mylord," antwortete Herr Winkle.

„Freilich haben Sie es gesagt, Sir" erwiderte der Richter mit strengem Stirnrunzeln; „wie hätte ich denn

als der Zeuge. Der Richter beschränkt sich oft nicht darauf, nach dem spontanen Bericht des Zeugen vorsichtig aus ihm herauszuholen, was etwa noch in ihm ist, sondern er inquiriert meist viel zu viel in ihn hinein. Und so glauben die meisten Zeugen trotz der oft nicht ganz verstandenen und beim mechanischen Nachsprechen nicht erfaßten Eidesformel, wonach sie „nichts verschweigen werden", nur auf Fragen antworten zu müssen. Anderseits fragen viele Richter wieder zu viel nach persönlichen rein subjektiven Auffassungen des Zeugen. Die fühlen sich dadurch geschmeichelt. Man sieht ihnen bei Abgabe solcher Urteile oft an, daß sie am Anfang des Satzes noch nicht wissen, sollen sie am Ende so oder so sagen. Aber, ob ihre Anwort ins Protokoll kommt oder nicht, sie suggerieren dann oft umgekehrt ihre Ansicht in den Richter hinein, der unwillkürlich sich möglichst nicht von der vermeintlich unbefangenen Meinung eines vielleicht in keiner Weise zu einem Urteil Befähigten entfernen will.

Bei dem beauftragten Richter kommt in der geheimen Beratung mindestens — wenn auch gegen das Gesetz und unkontrollierbar — der „Eindruck" in die Wagschale. Beim Protokoll des ersuchten Richters fällt nicht nur das weg. Dieser erhält oder kennt manchmal nur den Beweisbeschluß, nicht die Akten. Den für ihn fremden Prozeß, der ihn in seiner regelmäßigen Arbeit stört, empfängt er mit feindlichem Auge. Aber auch abgesehen davon, einen Zeugen kann doch nur vernehmen, wer den Prozeß aufs intimste kennt. Was hier gesündigt wird, ist unbeschreiblich. Es müßte, wie im Strafprozesse die Vernehmung durch ersuchte Richter ein in ganz besonderen Ausnahmefällen eintretender seltener Notbehelf sein. Ich verweise auf den „Notschrei" eines solchen ersuchten Richters im „Recht" 1907, 1086.

Eine vollständige Darstellung der Protokollsünden gäbe ein dickes Buch. Unsere Gelehrten aber, die davon nichts verstehen, schreiben statt dessen dicke Lehrbücher oder Kommentare des Zivilprozeßrechts oder bestenfalls Sammlungen von Zivilprozeßfällen mit gegebenem Tatbestand.

Nach allem seither Ausgeführten komme ich zu dem Schluß: Nur ein in der Psychologie der Aussage und in der Kunst der Vernehmung theoretisch und praktisch ausgebildeter Richter kann die freie Beweiswürdigung richtig handhaben. Ohne jene Ausbildung sichern die alten Beweisregeln z. B. des französischen Rechts viel wirksamer ein richtiges Urteil. Zumal die französische Praxis handhabt den „Anfang des urkundlichen Beweises" sehr fein und läßt zur Aufklärung wirklicher Dunkelheiten in Urkunden andere Beweismittel vorsichtig eingreifen. Es kommt hier alles auf den praktischen Takt und die Lebenskenntnis an. Bei uns dagegen ist die freie Beweiswürdigung ein bequemer Deckmantel für die größten zivilistischen Justizirrtümer. *Es gibt nichts gefährlicheres als freie Beweiswürdigung in den Händen von lebensunkundigen Nichtpsychologen.*

Dem in der „Schreibjustiz" aufgestellten Satz: Die dialektische Konstruktionsjurisprudenz für die subalterne Schreibjustiz, die freie Rechtsfindung für das Richterkönigtum!, muß ich für das Tatsachengebiet den andern anreihen: *Die Kautelen der Beweisregeln für die Protokolljuristen, die freie Beweiswürdigung für die psychologisch ausgebildeten Menschenkenner!*

Wir haben aber in Deutschland ein Zerrbild freier Beweiswürdigung verbunden mit gebundener Jurisprudenz bei psychologisch nicht ausgebildeten scholastisch erzogenen Dialektjuristen.

Unsere Ziviljustiz charakterisiert sich so als das Produkt der Paarung von lebensunwahrer Protokollwahrheit mit weltfremder Konstruktionsjurisprudenz.

Eine wahre Reform muß daher unsere Justiz auf beiden Gebieten völlig umgestalten und sie zur Lebenswahrheit und damit zur Volkstümlichkeit führen.

V. Pandektologie und Rechtswissenschaft.

Die Naturrechtsschule wollte ein Recht auf rein spekulativem Weg aufbauen, ein Beginnen, das Ähnlichkeit mit der künstlichen Schaffung einer Weltsprache hat. Die historische Rechtsschule erschaute demgegenüber in dem Recht ein Naturprodukt ähnlich dem der lebendigen Sprache. Dieses Volksrecht verwandle sich aber allmählich in Juristenrecht d. h. in ein Recht, das im wesentlichen nur die Juristen als Repräsentanten des Volks kennen, anwenden und weiterbilden. Beide Schulen standen einer wahren Rechtswissenschaft im Wege. Was wir jetzt insbesondere als Zivilrechtswissenschaft haben, ist im Grunde genommen eine aus den schlechten Seiten jener beiden Rechtsschulen zusammengestückte Afterwissenschaft. Man kann sie die historisch-

---

Daniel aufschreiben können, wenn Sie nicht so gesagt hätten, Sir?"

Auf diesen Beweisgrund ließ sich natürlich nichts antworten.

„Herr Winkle hat ein kurzes Gedächtnis, Mylord", fiel Herr Skimpin mit einem abermaligen Blick nach den Geschworenen ein; „ich denke aber, wir sollten Mittel finden, es aufzufrischen, bevor wir mit ihm fertig sind".

„Nehmen Sie sich in Acht, Sir," rief der kleine Richter mit einem unheimlichen Blick nach den Zeugen hin.

Der arme Herr Winkle verneigte sich und gab sich alle Mühe, unbefangen zu scheinen, gewann aber in seiner Verlegenheit weit eher das Aussehen eines aufs Eis geführten Taschendiebs.

dialektische Schule nennen. Die von dieser betriebene „Wissenschaft" sollte im Gegensatz zur wahren Wissenschaft einen besonderen Namen führen. Ich finde keinen besseren als Pandektologie. Denn das byzantinische römische Rechtsbuch und seine Methode geben dieser „Wissenschaft" ihr Gepräge. Der Name ist aber auch deshalb bezeichnend, weil die Römer die ganze Tatfrage von der wissenschaftlichen Behandlung ausschlossen und sie dem Laien (judex) überließen. Jhering (Geist d. röm. R. 3, 437) meint, das römische Laienrichtertum erkläre sich daher, daß das Hauptargument dieses Laienrichters auf den Beweis gerichtet war. Es erklärt sich aber in Wahrheit daraus, daß die Römer wie unsere Windscheide und Jheringe den Beweis selbst für nichts „spezifisch" Juristisches halten. Eine Psychologie der Aussage war den Römern so unbekannt wie unserer heutigen Zivilistik. Der Name Pandektologie erinnert endlich an die Astrologie. Die Pandektologie ist in der Tat eine juristische Astrologie. Wie die eigentliche Astrologie ist sie gar keine Wissenschaft im Sinne des modernen naturwissenschaftlichen Positivismus aller wahren Wissenschaft, noch nicht einmal eine Halbwissenschaft, sondern das Gegenteil und die Karrikatur einer echten Wissenschaft, zu der sie sich ähnlich verhält, wie die eigentliche Astrologie zur Astronomie, die Alchymie zur Chemie, die Scholastik oder die Theologie zur Wirklichkeitsphilosophie. Auch die Astrologie und Alchymie haben bekanntlich einige wertvolle Entdeckungen gemacht und doch waren sie Verirrungen des Menschengeistes. Und auch darin steht ihnen die Pandektologie ganz gleich.

Eine wahre moderne Rechtswissenschaft hat zwei Hemisphären. Die erste ist das Gebiet des Seelenlebens (Wahrheitserforschung), die zweite das Gebiet des sozialen Verkehrslebens (Rechtserforschung). Im Gebiet der Wahrheitsforschung ist unserer Zivilistik eine juristische Psychologie d. h. die besondere Anwendung der Gesetze der allgemeinen Seelenlehre auf die Erzielung und Würdigung der gerichtlichen Aussagen als Wissenschaft ganz fremd. Und im Gebiet der Rechtsforschung treibt man historische und dialektische Philologie. Die echte Philologie schätze ich als Hochschulfach, sie ist aber nicht Rechtswissenschaft. Savigny und Puchta sind in ihrer abstrusen Gelehrsamkeit den heutigen Romanisten noch nicht historisch genug gesinnt gewesen. Der historische Teil unserer Universitätszivilistik wendet sich von der Untersuchung unseres heutigen Verkehrs und unserer heutigen Menschen ab, nennt verständnislos den modernen Positivismus und die naturwissenschaftlich-induktive Methode öden Ultilitarismus und Paragraphenjurisprudenz oder auch Gefühlsjurisprudenz und hält es für eine gewaltige Errungenschaft nicht der Philologie, sondern der Jurisprudenz, daß nunmehr auf papyrologischer Grundlage manches Rätsel des römischen Rechts gelöst werde. Wir erhalten nämlich neue Aufschlüsse über die Vorläufer des pignus Gordianum, über die Beschränkungen der exceptio longae possessionis und andere römische Rechtsantiquitäten. „So wird hinsichtlich des von Bekker in seinen Aktionen erhobenen Widerspruchs gegen die Entstehung der formula in der lex Aebutia durch die Untersuchung von Josef Partsch über die Schriftformel im römischen Provinzialprozeß (1905) die bisherige Wahrscheinlichkeit durch den Beweis der Tatsache ersetzt, daß schon vor der lex Aebutia eine Art von Formularverfahren dem römischen Prozeßrecht angehörte." Ein Bewunderer dieser gewaltigen Kulturfortschritte (Litten, Römisches Recht und Pandektenrecht Berlin 1907 S. 11) ruft begeistert:

> Noch ist kein Ende der Funde abzusehen und nur in kühnen Träumen dürfen wir der Zeit gedenken, wo uns ein Corpus Papyrorum, nach dem vorbildlichen Muster des Corpus Inscriptionum angelegt, innerlich und äußerlich das wieder zusammenschließt, was durch den Zufall auseinandergerissen ist (Wilken). Ist es aber einmal so weit, ist das Riesenfeld der Papyri einmal zu übersehen und wiederum nach langem durchpflügt und beackert, so wird — des dürfen wir schon heute gewiß sein — reichster Ernteſegen auch die Scheuer der Juristen füllen. Wie in manchem anders mag dann das römische Recht und gar der Prozeß ausschauen und wieviel von dem, was wir heute lernen und lehren, wird unangetastet bleiben?

Gibt es ein naiveres unbewußtes Verdammungsurteil über den ganzen Krimskrams dieser Afterwissenschaft, soweit sie sich als Rechtswissenschaft und nicht als Philologie aufspielt? Und dieser Rechtsprofessor steht ratlos vor der von ihm selbst festgestellten Tatsache, daß der Wert dieser „hohen und, wie es scheint, anhaltend wachsenden Blüte der romanistischen Forschung für den Unterricht als problematisch bezeichnet werden muß — mindestens um deswillen, weil die Mehrheit der Rechtsstudenten verständnis- und teilnahmslos daran vorübergeht". Die Mehrheit? Alle, in denen ein Funken von wahrem Juristen steckt, wenden sich mit Grausen ab. Diese Rechtslehrer gleichen ganz unseren klassischen Lehrern auf der Mittelschule, die nicht verstehen, daß die Schüler den faden Schwätzereien eines Livius oder den bombastischen Phrasen eines Vergil keinen Geschmack abgewinnen oder der inneren und äußeren Geschichte der altgriechischen Duodezstaaten oder den Einzelheiten der punischen Kriege kein lebendiges Interesse entgegenbringen können. In einem Atem mit der Klage über die Verständnislosigkeit der Studenten gegen die romanistischen Antiquitäten und ohne einen Widerspruch zu merken, beklagt Litten als Wirkung der historischen Schule, daß sich die Pandektendoktrin immer mehr den Bedürfnissen der Praxis entfremdete. Er zitiert

selbst das Wort, das der bekannte soziologische Jurist Saleilles —, der auch Génys großartigem Werk das Geleitwort gab — gegen jene römischrechtliche Privatrechtsdogmatik schleuderte: „Le peuple rêvait des progrès sociaux et on lui proposait de faire de la philologie". Aber welchen Schluß zieht er daraus? Man dürfe nicht beim justinianeischen Recht stehen bleiben, sondern müsse auch die nachjustinianeische Dogmengeschichte studieren! Es gelte, auf diese Dogmengeschichte der Pandekten von Justinian durch die Glossatoren, Postglossatoren, Kommentatoren, das ganze Mittelalter hindurch bis zum Inkrafttreten des BGB. mehr als seither die Blicke zu lenken!

Der andere Teil der Universitätszivilisten treibt deduktive Konstruktion aus den Gesetzesworten und Materialien. Einer ihrer ersten Koryphäen, Dernburg, brach, als das RG. in einem seiner wenigen Anfälle von moderner soziologischer Justiz den Bierlieferungsvertrag aus den Klauen der abstrakten Kasuistik des BGB. herausnahm, in den Wehruf aus, um ein derartiges Urteil zu fällen, sei das BGB. und die Rechtswissenschaft überflüssig und bedürfe es nicht eines RG. (DJZ. 1903, 1). Auch hier das naivste Verdammungsurteil der alten „Wissenschaft". Man spottet seiner selbst und weiß nicht wie.

Von der tief im alten Aberglauben steckenden Universitätsscholastik kann uns offenbar die Reformation nicht kommen. Aber auch die juristische Praxis ist fast ausschließlich von Pandektologen besetzt. Ich will auch sie hier nur durch ein einziges Beispiel kennzeichnen. Nach dieser Pandektologie ist der einzige Nachen eines Fischers ein unpfändbares Kompetenzstück; wenn aber zwei Fischer so arm sind, daß sie zusammen nur einen Nachen ihr eigen nennen, so soll das hälftige Miteigentum am Nachen pfändbar sein. Das ist kein Scherz, sondern die unbestrittene Ansicht der „Juristen" (vgl. „Recht" 1907, 563). Und man kann das von Paragraph zu Paragraph eines jeden unserer Gesetzbücher und Gesetze verfolgen. Also auch von dieser Seite wird uns schwerlich der Befreier erstehen.

Ob die Reformation überhaupt von zünftiger Seite, von Jemand ausgehen wird, der ein juristisches Examen gemacht hat und aus der hergebrachten juristischen Atmosphäre kommt? Wie schwer es selbst zum Freien angelegten Geistern ist, sich aus den alten juristischen Fesseln zu befreien, zeigt die neueste Programmschrift von Dr. jur. Klaus Wagner „Die Justizgesundung!" (Hannover 1908). Ihm ist nur der Strafrichter Menschenforscher, der Zivilrichter dagegen „theoretischer Regelsucher und Regelausleger", der die Binde vor den Augen tragen müsse! (S. 12—13). Wo ein Mangel im Gesetz jede „logische" Auslegung zweifelhaft mache, müsse der Gesetzgeber eingreifen (S. 25). Vom Zivilgesetz verlangt er Begriffsschärfe des Mathematikers und Systematisierungssinn des Botanikers! (S. 42). Es sind bekanntlich nicht Alle frei, die ihrer Ketten spotten. Fast unausrottbar scheint die pandektologische Superstition in den Köpfen zu stecken.[1]) Vielleicht kommt uns einmal die Umwertung und die große Reformation von einem großen Nichtjuristen. Kopernikus, den Luther einen Narren nannte, der die ganze Astronomie gegen die „heilige Schrift" umkehren wolle, hat nur ein einziges Examen gemacht, das juristische Doktorexamen in Padua. Reformiert aber hat er die Astronomie. Und das einzige Examen, das der Reformator der organischen Naturwissenschenschaft, Darwin, je abgelegt hat, war das theologische. In seinem soeben erschienenen Buch „Die Weltanschauung der Jurisprudenz" (Hannover 1907) wirft der Hammer Oberlandesgerichtsrat Bozi den Fachjuristen vor, daß sie von Versuchen, ihre Wissenschaft mit den herrschenden Anschauungen der Zeit in Einklang zu bringen, nicht viel wissen wollen und daß sie, statt bei der Naturwissenschaft in die Lehre zu gehen, sich gerade gegen diese durch einen unübersteigbaren Wall verschließen. Wenn Bozi freilich sagt, volkstümliche Justizreform bedeute in erster Linie den Kampf gegen die Begriffstyrannei, so ist das nur die halbe Wahrheit. Es ist dabei der Kampf gegen die unpsychologische Protokolljustiz ganz übersehen. Und ebenso ist es eine Halbheit, wenn er sagt, der Professor, der niemals in der Praxis einen Rechtsfall entschieden habe, müsse ebenso vom Katheder verschwinden, wie der Mediziner, der noch keinen Kranken behandelt hat, bereits vom Katheder verschwunden sei. Dem muß nämlich hinzugefügt werden, daß zuerst allmählich vom kurulischen Sessel der Richter verschwinden müsse, der noch niemals entweder in der Praxis das Recht hat als dessen Anwalt durchkämpfen helfen oder aber in einem anderen praktischen Lebensberuf selbst gestanden hat.

[1]) „Alle jene Meinungen und Betrachtungsweisen der Dinge, an die wir uns von unserer Kindheit an gewöhnt haben, wurzeln in uns so tief, daß es uns trotz aller Mittel, die Vernunft und Erfahrung bieten, unmöglich ist, sie auszurotten. Wie Lügner durch häufige Wiederholung ihrer Lügen endlich dazu gelangen, in dem, was sie lügen, Gegenstände ihrer Erinnerung zu sehen, so können auf gleichem Weg unserem Urteilsvermögen oder besser unserer Einbildungskraft (durch die Erziehung) gewisse Vorstellungen so fest eingeprägt werden und sich in einem so hellen Lichte darstellen, daß sie auf den Geist in derselben Weise einzuwirken vermögen, wie diejenigen, welche die Sinne, das Gedächtnis, oder die Vernunft uns aufnötigen. — Der größte Teil unserer Schlüsse samt allen unseren Handlungen entstehen aus nichts anderem als aus der Gewöhnung und Einübung (custom and habit)." David Hume, Traktat über die menschliche Natur. Übersetzung von Lipps S. 155 ff.

Freilich ist auch die Anwaltschaft durch die abstruse Vorbildung auf Mittel- und Hochschule und durch den weltfremden Justizbetrieb in ihrem Geistesleben in Mitleidenschaft gezogen. Hervorragende Köpfe der deutschen Anwaltschaft (vgl. Dr. Hachenburg in JW. 1907, 608) sind z. B. über die wahren Gründe im Unklaren, warum die Schriftsätze sich so oft nicht, wie es zweckmäßig und richtig wäre, darauf beschränken, eine in gedrängter Kürze gehaltene Darstellung dem Richter zu unterbreiten. Hie und da mag der Grund Mangel an Zeit sein. Ich schreibe dir einen langen Brief, weil ich keine Zeit habe, einen kurzen zu schreiben, — diese Entschuldigung sieht man manchen langen Schriftsätzen an. Aber die Hauptsache ist folgende: Da wir keine eigentliche mündliche Verhandlung haben, vielmehr was sich so nennt, eine tunlichst rasch abgehaspelte Farce ist, so ergießen sich begreiflicherweise die Parteischmerzen in die Schriftsätze als letzte Zuflucht. Die Parteischmerzen sind gerade das, aus dem das wahre Recht zu schöpfen ist. Die Geister stecken aber auch zum Teil in der Rechtsanwaltschaft so in der vierten Dimension der Dialektik, daß sie dieses einzig Juristische für unjuristisch halten. Gerade wie auch die deutsche Anwaltschaft heute noch in ihrer übergroßen Mehrheit auf dem Gebiet der Ziviljustiz das Stürzende in unserem ganzen Justizwesen mitzuhalten sucht, statt es mitzustoßen. Man wandelt nicht ganz ungestraft unter Scholastikern. Bei dem im besten Teil der deutschen Anwaltschaft noch lebenden echten Idealismus ist aber zu hoffen, daß ihn das Feuer der Begeisterung für die neue gute Sache bald ergreifen wird. In Bozi, dem Praktiker, und in dem aus der Rechtsanwaltschaft hervorgegangenen Professor Kuhlenbeck in Lausanne (vgl. dessen „Natürliche Grundlagen des Rechts und der Politik" Eisenach 1907) sind der neuen Methode neue Streiter auch in Deutschland erwachsen. Es ist bezeichnend, aber für den Kenner der Wissenschaftsgeschichte nicht auffällig, daß die Streiter auch hier nicht aus den Reihen der eigentlichen Universitätschinesen erstehen. Die Universitätswissenschaft bemächtigt sich der Dinge in der Regel erst, wenn freie Geister sie geschaffen. Kuhlenbeck ist durch seine Schriften als einer der besten und feinsten Kenner des römischen Rechts und der Privatrechtsdogmatik bekannt. Gerade sein Eintreten gegen die hergebrachte spekulative Jurisprudenz und für eine naturwissenschaftlich erfahrungsmäßige Methode wiegt daher doppelt schwer. Die seitherige dogmatische Behandlung des Rechts legt der rechtlichen Beurteilung, wie Bozi treffend sagt, statt wirkliche Verhältnisse und Menschen Typen von solchen zugrunde. Und genau dasselbe tut sie, wie wir gesehen haben, in der Tatfrage; deshalb braucht sie die Menschen gar nicht zu sehen, die sie beurteilt. Sie ist eine Art Metaphysik. Das aber haben wir aus den Pandekten gelernt, in denen nicht ein einziger wirklicher ausführlicher Tatbestand mitgeteilt wird und denen unser ganzes gewaltiges heutiges Verkehrsleben, unsere ganze Kultur überhaupt fremd ist.

Solange man das römische corpus juris als Ganzes nicht mit dem ihm gebührenden Unmut betrachte, solange man nicht statt bornierter Verehrung den Zorn über diese größte Grausamkeit der Geschichte „gegen die herrlichsten Arbeiten des römischen Rechtslebens" im Herzen der Schüler erwecke, solange man an diesem Machwerk nicht zeige, wie er Geschichte und Gegenwart, Wissenschaft und Studium nicht behandeln solle, wenn er einmal ins praktische Leben trete, so lange werde er am corpus juris nicht lernen, wie Deutschland zu seinem eigenen Rechtsleben komme, — so sagte vor einem Menschenalter ein Gelehrter. Die Werke selbst, von denen das römische Rechtsbuch bekanntlich nur aus dem Zusammenhang gerissene Bruchstücke an einander reiht, empfand also dieser Gelehrte sogar als herrliche Arbeiten für das römische — nicht für unser — Rechtsleben. Es ist der ehemalige deutsche Rechtslehrer Lorenz von Stein, der in seiner Schrift: „Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands" (Stuttgart 1876 S. 53) so schrieb. Als ich von der Bibliothek einer der rechtsgelehrtesten Universitäten dieses Buch entlieh, war es großenteils unaufgeschnitten! Es wurde also seit einem Menschenalter von niemand gelesen. Und vor zwei Menschenaltern nannte der Vater des jetzigen preuß. Justizministers, Georg Beseler (Volksrecht und Juristenrecht Leipzig 1843), die Rezeption des fremden Rechts und die Unterdrückung und Verkrüppelung des deutschen Rechtslebens, die notwendig daraus folgten, ein Nationalunglück. Welch eine Menge von nichtsnutzigem Plunder, rief er aus, wieviele oberflächliche Salbadereien, Abgeschmacktheiten und Irrtümer liegen überhaupt in dem Wust der deutschen juristischen Literatur aufgespeichert vor uns! Ein zweiter Hutten kämpfte er gegen die modernen Bartolisten und Rabulisten, gegen die Entfremdung der Juristen von dem Rechtsleben des Volkes. Als Übel sah er an, daß Einsicht, Erfahrung, Weisheit, Gerechtigkeit nichts vermögen, wenn nicht ein „gelehrtes" Studium hinzu kommt, welches höchst selten mit einem anderen Lebensberuf verbunden werden könne. Die Juristen treffe dabei nur insofern ein Tadel, als sie diesen unglückseligen Zustand haben herbeiführen helfen und sich etwa seiner Reform aus Beschränktheit oder Egoismus widersetzten. Wie es diesem weißen Raben unter den Universitätsjuristen erging, werden wir später sehen. Und sind wir heute im Zivilrecht wesentlich weiter? Immer

noch studiert unsere Jugend den alten Kram wie die kindischen Spielereien der Falzidischen Quart und hundert andere nutzlose Dinge oder Sätze wie folgenden:

„Es genügt auch nicht, daß der suus unter einer Bedingung exherediert oder instituiert ist (es sei denn, daß die Erfüllung der Bedingung von der freien Willkür des bedingt Institutierten abhängt, sog. Potestativbedingung); er muß für den Fall der Defizienz der Bedingung gleichfalls instituiert oder exheredіert sein. Hat der Testator durch Institution und Substitution mehrere Grade der Erbeinsetzung gemacht, so muß der nichinstituierte suus ab omnibus gradibus exheredіert werden d. h. es muß sowohl dem institutus wie dem substitutus gegenüber die Exheredation ausgesprochen sein, wozu z. B. die Erheredation im Beginn des Testaments (ante heredis institutionem) genügend ist." (Sohm Institutionen S. 410)[2]).

In diesem Baustil ist aber nicht nur die ganze romanistische, sondern unsere heutige insbesondere zivilistische Jurisprudenz überhaupt aufgerichtet und so „dozieren" im Durchschnitt ihre Gelehrten, deren besten einer Sohm ist. Welch herrliche Führer sind das für den Rechtsjünger, wie öffnen sie ihm den freien Blick für Land und Leute, für die Gemüt- und Auffassungsarten der verschiedenen Kreise unseres deutschen Volkes! Wie bildet und fördert das sein Verständnis für die Nöte der vielfach in ganz anderer Sphäre wie er aufgewachsenen Volksklassen. Doch das ist ja garnicht nötig. Der Rechtsjünger wird ja nicht für den Rechtsanwalts- und Richterberuf erzogen, sondern für das Examen abgerichtet und dazu genügt es, wenn sein ganzer Geist — am sichersten durch einen Einpauker — in Parapraphen gebracht ist.

[2]) Wen erinnern nicht solche Sätze an die der altsprachlichen Grammatiker? Ich setze einen aus der jetzt gebräuchlichen lateinischen Schulgrammatik von Schmalz-Wagener zur Vergleichung hierher, um die Kontinuität philologisch-juristischen Geistes in Gymnasium und Universität zu zeigen:

§ 334: Werden irreale Bedingungssätze abhängig, so bleibt der Vordersatz unverändert; der Nachsatz wird auf folgende Weise gegeben:

1. tritt der Nachsatz einer irrealen hypothetischen Periode in den acc. c. inf., so verwandelt sich

a) der Irrealis der Gegenwart in den Infinitiv auf urum esse, passiv. (bei Verben ohne Supin auch im Aktiv) futurum esse ut mit Konj. Imperf.

b) der Irrealis der Gegenwart in den Infinitiv auf urum fuisse passiv. (bei Verben ohne Supin auch im Aktiv) futurum esse ut mit Konj. Imp.

2. wird der Nachsatz eines irrealen Bedingungssatzes zum indirekten Fragesatz oder Konjunktionalsatz (mittels ut, quin, cum) so bleibt:

a) der Irrealis der Gegenwart unverändert,

b) der aktive Irrealis der Vergangenheit verwandelt sich bei den Verben mit part. fut. act. in das perf. oder plusqu. des Konjunktivs der coniug. periphr. und zwar

A) in indirekten Fragesätzen nach den Regeln der Zeitfolge,

B) in Konjunktionalsätzen immer in das Imperfekt.

Sonst bleibt überall der Irrealis der Vergangenheit unverändert.

Auf dem letzten Kongreß für gewerblichen Rechtsschutz war alles darüber einig, daß eine Reform der jetzigen Rechtsprechung auf diesem Gebiet unaufschiebbar sei. Es ist aber auf allen Gebieten des Zivilrechts geradeso. Sollte man es denn für möglich halten, daß — auch ganz abgesehen von den verheerenden Wirkungen der romanistischen Methode — angesichts unserer ganzen industriellen Entwickelung unsere Rechtsjünger noch mit dem römischen Recht selbst behelligt werden, das nicht einmal Namen für die modernen Dinge hat? Ist es da ein Wunder, wenn immermehr nach Sondergerichten gerufen wird? Hier gibt es nur ein Heilmittel. Die besten Köpfe müssen wir, nachdem sie auf der Mittelschule eine wahrhaft moderne literarische und insbesondere auch naturwissenschaftliche sachliche Beobachtungs-Ausbildung erhalten haben, zu lebenskundigen Psychologen und gerechten Soziologen erziehen, wir müssen an Stelle der jetzigen Massenproduktion von schlechtbezahlten Schreibjuristen, wenige gutbezahlte Richterkönige schaffen.

Man hat an diesem Wort herumgemäkelt, und sich so etwas wie einen Überrichter nach Vorbild des Nietzsche'schen Übermenschen darunter vorgestellt. Dieses Mißverständnis ist für den aufmerksamen Leser meiner Schrift „Schreibjustiz und Richterkönigtum" kaum begreiflich. Ein solcher Richterkönig oder Oberrichter z. B. für Handelssachen einer großen Handelsstadt wäre ein Jurist, der eine erfolgreiche Tätigkeit im Handelsleben aufzuweisen hätte. Jetzt werden häufig die besten Juristen Bankdirektoren u. dgl. Ihr oberster Ehrgeiz müßte sie aber wieder den Weg zurück in die Justiz finden lassen. Und er täte dies, sobald wir die Stellung des Richters heben und entsprechend dotieren. Es ist eine wahre Freude zu beobachten, wie rasch und energisch sich gutbegabte Juristen aus Aktenmenschen in Wirklichkeitsmenschen verwandeln können. Das sehen wir ja auch an dem guten Teil unserer juristischen Verwaltungsbeamten und den aus ihnen entnommenen Oberbürgermeistern. Und wie sehr ist unsere Verwaltungsjustiz an Natürlichkeit und Sachlichkeit unserer gelehrten Ziviljustiz überlegen! Kein Zweifel: unsere Juristen werden in dem Grade besser, als sie das ablegen, was wir seither als das „spezifisch" Juristische zu betrachten gewohnt waren, die verbalistische Philologie und den Pandektengeist. Welcher Segen wäre es für die Justiz, wenn ein Teil der zu Menschen verwandelten Juristen, oder anders gesprochen, der zu wahren Juristen verwandelten Pandektologen — hohe Verwaltungsbeamte, Oberbürgermeister, Aktiengesellschaftsvorstände, Bankdirektoren usw. — nach jener Metamorphose wieder für das Richtertum gewonnen würden. Nicht Überrichter, sondern Oberrichter wären das; Überrichter wären sie so wenig, wie

unsere Oberbürgermeister Überbürger sind. Und man wird nicht Oberbürgermeister, indem man Staatsprüfungen über allerlei Kontroversenplunder ablegt, sondern indem man sich mit den praktischen Bedürfnissen seiner Mitbürger innig vertraut macht und der erste Bürger wird.

Ein solcher Richter mit Beisitzern aus dem Volk, also das Schöffengericht nach Art unserer Kammern für Handelssachen, ist von mir als das wahre Erstinstanzgericht der Zukunft auch in Zivilsachen, jedenfalls bei allen nicht bagatellmäßigen Streitigkeiten empfohlen worden. Schöffen wären häufig schon als Dialektgenossen der Parteien und Zeugen und als Kenner ihrer Denkweise unentbehrlich. Meine Anregung, daß bei allen eine Spezialkunde erfordernden Streitsachen als Laienbeisitzer jeweils zwei Sachverständige für die gerade streitige Frage auszuwählen sind, ist im wesentlichen in einem in der Köln. Ztg. vom 13. 11. 07 Nr. 1180 erschienenen Aufsatz über „die Gerichtsmüdigkeit der Industriellen und Kaufleute" aufgenommen worden, der zum Vergleich auf die Entwickelung der Spezialwissenschaften in der Medizin hinweist. Unsere heutige Prozeßordnung, heißt es da sehr richtig, ist gegründet in den Anschauungen der guten alten Zeit, in der der Richter, wenn es Not tat mit Hilfe eines Sachverständigen, die einfachen Lebensverhältnisse beurteilen und verstehen konnte. Daher das Wort: der Jurist kann alles und versteht alles. Die fortschreitende Technik, Chemie und Industrie, die verwickelten kaufmännischen Beziehungen und Verhältnisse haben mit diesem Glauben gründlich aufgeräumt. Es sei gegangen, wie mit dem praktischen Arzt in der Arzneikunst. Der Augenkranke wolle vom Augenarzt, der zu Operierende vom Chirurgen behandelt sein und nicht mehr vom praktischen Arzt. Staat und Gemeinden hätten in ihren großen Spitälern dem Rechnung tragen müssen. Nur die großen staatlichen Anstalten, von denen die Rechtssuchenden Heilung begehren, würden wie vor hundert Jahren mit dem praktischen Richter besetzt, der, ausgerüstet mit dem BGB. und seinen Nebengesetzen, ohne Kenntnisse der Technik, der Chemie und bar jeder kaufmännischen Vorbildung, in Streitigkeiten Recht spricht, die er nicht versteht und nicht verstehen kann, weil ihm hiezu alle Vorkenntnisse abgehen. Der rechtsuchende Kaufmann und Industrielle verlange aber die Entscheidung seiner Prozesse durch tüchtige Spezialisten, ebenso wie er sich zu seinem Anwalt womöglich einen Mann mit Spezialkenntnissen aussucht. Die Kammern für Handelssachen würden nur ihren Zweck erfüllen, wenn der Vorsitzende ein besonders tüchtiger, hiezu eigens ausgebildeter Richter wäre, der Neigung, Anlage und Verständnis für diesen Spezialberuf hat und der nicht, wie ich hinzufüge, sobald er eingearbeitet ist, um höheren Rang und Gehalt zu erlangen, Oberlandesgerichtsrat werden muß. Und wenn weiter die beisitzenden Handelsrichter Sachverständige gerade in der Branche wären, die den Gegenstand der Prozesse ausmacht. Wenn ich nicht die unglaubliche Geduld der deutschen Nation an Beispielen wie der jährlich ungeheuerlichen Zeit, die die Gebildeten mit Bücheraufschneiden verbringen oder an unserem badischen Gerichtskassen- oder Kilometerheftwesen udgl. beobachtet hätte, würde ich nicht verstehn, wie die deutsche Industrie und der deutsche Handel nicht schon viel energischer, als es jetzt schon durch die immer mehr für ganze Berufszweige aufkommenden Schiedsgerichte geschieht, die deutsche mittelalterliche Jurisprudenz abgeschüttelt hat. Schon allein die Pandektologie über den Eigentumsvorbehalt an Maschinen hätte doch der deutschen Handelswelt die Augen öffnen müssen. Aber unsere Juristen selbst sollten doch endlich begreifen, daß sie den Ruf nach immer neuen Spezialgerichten, — neuerdings Patentgerichten — nicht durch Mittelchen wie die kürzlich vom preußischen Justizminister empfohlene Bildung besonderer sog. Patentkammern aus dem seitherigen Personenmaterial, sondern nur durch eine gründliche sachliche an Stelle der seitherigen formalistischen Bildung stillen können.

Die Anzahl der wirklich zur Hauptverhandlung kommenden Zivilsachen würde auf einen kleinen Bruchteil der heutigen herabsinken, sobald unsere Justiz modernisiert wäre. Das nötige Schöffenmaterial würde also nicht fehlen Mir haben tüchtige frühere Amtsrichter versichert, daß sie nach einigen Jahren nur noch die Hälfte der kontradiktorischen Urteile hatten, wie am Anfang ihrer Tätigkeit. Einer hatte fast gar keine kondradiktorischen Urteile mehr. Diese Amtsrichter hatten ein solches Ansehen genossen, daß sich ihren Vergleichsvorschlägen und auch ihrem Urteilsspruch, wo sich kein Vergleich erzielen ließ, die Bezirksangehörigen in der Regel unterwarfen; sie waren geehrt und beliebt von allen. Das vorgesetzte LG. wunderte sich, daß aus den Bezirken dieser Amtsrichter keine Berufungen einkamen. Das waren meine Richterkönige. Dann kamen sie — wegen ihrer Tüchtigkeit sehr bald — in Kollegien! Wie gerne wären sie jedenfalls noch viele Jahre geblieben, wenn sie entsprechend in Rang und Gehalt gestiegen wären. Sitzen nicht auch in kleinen Landstädtchen gediegene alte Ärzte und Pfarrer? Auch die Frage der Schulen für die heranwachsenden Kinder würde bei Modernisierung unseres Schulwesens nicht die gleiche Rolle für das Fortstreben in die große Stadt spielen wie jetzt. Selbst wenn man solchen wahren Richtern die gesamte Zivilgerichtsbarkeit in ihrem Bezirk ohne jede Beschränkung des Streitwertes übertragen hätte, hätten sie noch nicht jede Woche

eine Sitzung gehabt. Sie hätten die meisten Differenzen in Vorterminen geschlichtet. Beim Leipziger Gewerbegericht sind 96% der Streitsachen in einer Woche erledigt worden, beim Stuttgarter 375 Streitsachen in 24 Stunden. Zu Zwecken der Prozeßvorbeugung geben manche Gewerbegerichte auch Vertragsformulare aus und wirken beim Zustandekommen von Kollektivverträgen mit. Damit vergleiche man die — heute berechtigte — Behördenscheu des Publikums gegenüber den Gerichten. Jeder atmet auf, wenn er von außen die Gerichtstüre wieder schließen kann. Ausgediente Juristen hört man sagen, sie gingen in keine Straße mehr, in der ein Jurist wohne. So verdirbt die Pandektologie Lust und Liebe am schönsten Mannesberuf. Wie ganz anders steht innerlich und an äußerem Ansehen die französische Magistratur und das englische Richtertum da! Welches ungeheuere nicht nur moralische, sondern auch rein materielle Kapital das Volk durch hochbezahlte Richterkönige sparen würde, wird eine künftige Volkswirtschaft einmal dem deutschen Volke vorrechnen. Dazu käme die Abschaffung der Landgerichte und die Verminderung der Senate an den Oberlandesgerichten auf drei, am Reichsgericht auf fünf Mitglieder. Die scheinbar billigste Justiz ist nicht nur die schlechteste, sondern in Wahrheit die teuerste, ja geradezu Millionen vergeudende. Um ganz konkret zu sprechen: Mit einem Gehalt von 20000 bis 50000 Mk. — also noch lange nicht den englischen Gehalten — für jeden Oberrichter eines Bezirks würden nicht nur die fähigsten Köpfe für diesen ersten und obersten Beruf gewonnen, sondern viele Millionen an Richterbesoldungen durch Einziehung von weit mehr als der Hälfte der jetzigen Stellen und weitere viele Millionen an Gerichts- und Anwaltskosten und eine ungeheuere unproduktive Zeit- und Nervenvergeudung dem deutschen Volke erspart. Diese Wahrheit muß dem deutschen Volke endlich verkündet werden! Der juristische Stand hörte auf zu den unproduktiven Berufen gezählt zu werden. Er wäre ein produktiver Beruf allerersten Ranges. Denn ein Strom von Segen und Frieden ergösse sich von solchen Richterkönigen über das deutsche Volk!

Der ganze esoterische gelehrte Kram, die Pandektologie, verschwände vor solchen Oberrichtern.

Es würde bald Jederman fühlen, daß es wie in Alpdruck auf uns lag. Wenn heute durch eine Wunder die gesamten gelehrten Werke unserer Juristen vom corpus juris an bis zum letzten Kommentar über eines unserer modernen Gesetzbücher und bis zur letzten Monographie und zur letzten „gelehrten" Zeitschriftenabhandlung nebst sämtlichen Juristenfakultäten plötzlich aus der Welt verschwänden, so ginge unsere Kultur nicht etwa zurück, sondern es wäre dann für ein wahres Volksrecht und eine wahre Rechtswissenschaft freie Bahn geschaffen. Wenn das Wort Vauvenargue's wahr ist, daß unser Herz uns viel seltener betrügt als unser Verstand, so ist es tausendfach wahr, daß uns unser gesunder Menschenverstand viel seltener betrügt, als gelehrte Scholastik. Diese desorientiert. Darum muß die Pandektologie mit Stumpf und Stil ausgerottet werden, wollen wir Raum schaffen für eine auf Beobachtung der Menschen und des Verkehrs gerichtete Ausbildung des wahren Rechtsgefühls und Rechtsverstands und damit einer wahren Rechtskunde und Rechtswissenschaft. Es wäre das ähnlich, wie es für eine wahre Herzensreligion eine Erlösung der Gemüter und Gewissen bedeutete, wenn plötzlich alle heiligen Bücher und ihre Kommentare, vom alten Testament und Talmud an bis zur letzten theologischen Abhandlung aus dem alten oder neuen Testament nebst sämtlichen theologischen Fakultäten und gelehrten Konfessionsanstalten verschwänden. Die ganze gelehrte Theologie auf einmal abzutun oder in die Kulturgeschichte zu verweisen, dazu sind die Geister freilich noch nicht reif. Aber reif sind sie heute schon dazu, die ganze heutige gelehrte Jurisprudenz d. h. Pandektologie dahin zu setzen, wohin sie gehört, nämlich, soweit sie historisch ist, zur Altertumswissenschaft, im übrigen aber dahin, wo der Pfeffer wächst. Aus dem Volksleben aber muß die heutige gelehrte Justiz und das Mandarinentum heraus! Und aus unseren Juristenfakultäten muß das Alexandrinertum heraus und die juristische Psychologie und die Soziologie hinein. Schon äußerlich ist es bezeichnend, daß mit einigen Ausnahmen die Nationalökonomie nicht in der juristischen, sondern in der philosophischen Fakultät untergebracht ist!

Die Theologen haben alle bedeutenden Philosophen mit dem Bannwort des Atheismus niederdrücken wollen. Es half nichts, der neue Zeitgeist kam doch. Als der Jurist Thomasius um die Wende des 17. Jahrhunderts gegen den Latinitätszopf vorging und die deutsche Sprache auf den Universitätskatheder brachte, mußte er, beschimpft und verfolgt, aus Leipzig flüchten. Das Ziel aller Bestrebungen dieses Reformators faßt Paulsen „Das deutsche Bildungswesen in seiner geschichtlichen Entwickelung" Leipzig 1906 (S. 73) in die Worte zusammen, die wir auch heute noch auf die Fahne der ganzen Reformbewegung schreiben können:

„den Bann der alten zunftmäßigen Gelehrsamkeit zu brechen, die Wissenschaft und die Universität in engste Beziehung zum Leben zu setzen, Auf-

klärung und gemeinnützige Erkenntnis in die Köpfe zu bringen anstelle der alten, toten, antiquarischen und antiquierten Gelahrtheit".

Wie die scholastischen Philosophen und Naturwissenschafter in ihrem Aristoteles, die Theologen im alten und neuen Testament, so hatten die Juristen im römischen Rechtsbuch und so haben sie jetzt in den neuen Gesetzbüchern nebst deren Vorarbeiten ihren papierenen Papst. Alle Konfessionsgläubigen wähnen sich bekanntlich offen oder insgeheim im Besitz der reinen Gotteslehre, des allein echten Ringes. Der wirkliche Papst kann aber doch wenigstens mit Rücksicht auf veränderte Zeiten (temporis ratione habita) Änderungen treffen, während die reinen Buchorthodoxen überhaupt nicht fortschreiten können, sondern sich an die heiligen Buchstaben festgenagelt wähnen. Das Naturgesetz der Entwickelung ist natürlich stärker als ihr Wahn. Als großartigster Jurist scheint unseren juristischen Orthodoxen der, der möglichst dicke Bücher mit möglichst gelehrtem Kram und möglichst feinen „Konstruktionen" schreibt. Nur so konnte in Deutschland Windscheid die Rolle eines juristischen Gottes spielen. „Jeder stellt sich eben die Götter so vor", sagt der Eleate Xenophanes, „wie er selbst ist, die Neger schwarz und plattnasig, die Thrazier blauäugig und rothaarig, und wenn die Pferde und Ochsen malen könnten, so würden sie ohne Zweifel ihre Götter als Pferde und Ochsen darstellen". Wenn man unserer Jurisprudenz etwas vorträgt, was nicht in ihrem Aristoteles steht, dann antwortet sie, wie der Vorsteher des Jesuitenkollegiums in Ingolstadt dem Astronomen Pater Schreiner, der — etwa gleichzeitig mit Galilei — die Sonnenflecken entdeckt hatte und dies ihm mitteilte: „Du siehst verkehrt mein Sohn! Ich habe zweimal den Aristoteles durchgelesen, aber keine Stelle gefunden, die auf so etwas deutet. Die Sonnenflecken existieren daher nicht; sie rühren von Fehlern in deinen Gläsern oder deinen Augen her. Schlage dir diese Gedanken aus dem Sinn, mein Sohn!"

In der Jurisprudenz stehen wir noch heute in dieser Bücherwelt. Darum und nur darum fühlen sich die besten Juristen von ihrem seiner wahren Natur und seinem Beruf nach herrlichen Fach angewidert. Ich nenne zunächst den berühmten Kriminalisten Anselm von Feuerbach. Seine Sammlung merkwürdiger Kriminalrechtsfälle ist noch heute mehr wert, als unsere gesamte gelehrte Strafrechtsliteratur zusammengenommen. Wer nichts als diese Fälle aus der Praxis mit ihrer feinen Seelenmalung studiert, bereitet sich hundertfach besser zum Strafrichter vor als durch das Studium von Reichsgerichtsentscheidungen oder Lehrbüchern. Dieser Staatsrat und Appellationsgerichtspräsident schrieb auf dem Höhepunkt seiner juristischen Laufbahn an seinen Sohn, die Jurisprudenz sei ihm von frühester Jugend an zuwider gewesen und noch jetzt sei er von ihr als Wissenschaft nicht angezogen. Wohlgemerkt, nicht die Justiz, die Wahrheits- und Rechtsfindung, die sogen. Rechtswissenschaft, die Pandektologie, hat ihn angewidert. Ich nenne weiter Ihering. Ihering hat Bücher von ungewöhnlicher Plattheit verfaßt, wie seinen „Zweck im Recht". Er hat ferner das römische Recht, das er wie selten einer beherrschte, zwar schließlich überwunden, aber doch ebenso gewaltig überschätzt wie die romanistische Rechtstechnik. Aber er war zugleich ein Mann von praktischen Instinkten und auch mit einem in realen Rechtsfragen hohen gesunden Menschenverstand begabt. Am Ende seines der Jurisprudenz gewidmeten Lebens wandte er sich von der dialektischen Zivilistik ab. Wäre ich noch jung, rief er („Scherz und Ernst in der Jurisprudenz"), ich würde mir ein anderes Fach erwählen! Und ein dritter Jurist von Gottes Gnaden, der jetzige österreichische Justizminister Klein, dem sein Land die modernste Prozeßordnung verdankt, hat auf dem 27. Deutschen Juristentage bekannt, daß er nicht gerne Jurist sei, und das berühmt gewordene Wort gesprochen: Im Wirtschaftskampf rauchloses Pulver und Schnellfeuergeschütz, im Rechtskampf Steinschloßflinten oder höchstens Vorderlader. (Verhandl. 4, S. 543 u. 546).

Diese Stoßseufzer entringen sich im geheimen der Brust der Besten, denen überall das Pergament als der heilige Bronnen des Rechts gewiesen wird. Und der ganze nichtjuristische Teil der Nation haßt die juristischen Haarspalter, haßt intim die ganze Pandektologie. Die Nation denkt wie Kaiser Maximilian I., ein Mann von schlichter deutscher Art: „Sonsten wie er wohl alle Gelehrten lieb und wert hielte, so hat er doch die Juristen, welche des Bartoli und Baldi Schriften und Meinungen als ohnfehlbare Orakula und Götterausprüche zu allegieren und anzuführen pflegten, gehasset und nit an sich leiden mögen." (Hier zitiert nach Beseler a. a. O. 35.)

Die Naturwissenschafter, die sich von der Deduktion und Scholastik losgerungen haben, die nicht mehr Aristoteles oder Bücher über die Lebenskraft und das Lebenselixir studieren, haben mit ihrer Verachtung der heutigen Jurisprudenz d. h. Pandektologie vollständig recht. Goldschmidt („Rechtsstudium und Prüfungsordnung", Stuttgart 1887) erzählt mit schwerem Herzen von einem berühmten Professor der Naturwissenschaft, der zu einem Studierenden in seinem Laboratorium sagte: Was wollen Sie hier, Sie wissen nichts, können nichts, arbeiten nichts, werden Sie Jurist! Möge die Zeit nicht allzufern sein, wo der juristische Professor ruft: Was tun Sie

hier, Sie wollen nicht Menschen und Leben beobachten lernen, Sie taugen nichts für die schwierigste aller Wissenschaften, und für den hehrsten aller Berufe, nämlich für die maßgebende Beurteilung von Menschen und für das Richten über Freiheit, Leben, Ehre, Vermögen und Familienglück Ihrer Mitbürger! Wie oft und bis in die höchsten Stellen hinein trifft man den Typus von Juristen, die Menschen richten sollen, während sie ihnen nicht raten könnten, die nicht wagen, den Mietvertrag über ihre Wohnung selbst abzufassen, die aber dennoch sich die Fähigkeit zuschreiben, Verträge zu beurteilen. Wieviel richtiger beurteilt aber der Verträge und den Wert mündlicher Beredungen, der selbst dabei mitzuwirken pflegt! Nicht einmal die rein äußerlichen Fortschritte machen die Juristen willig mit. Als ich seiner Zeit beim Aufkommen der Schreibmaschine in Deutschland meine erste sehr schön gedruckte Abschrift bei Gericht einreichte, verkündete ein als großer Zivilist im alten Sinn verschrieener pandektologischer Vorsitzender im Auftrag des Gerichts in öffentlicher Sitzung, diese Schrift sei dem Gericht nicht sympathisch. Natürlich, es war etwas neues! Bei Aufkommen des Telephons versagte ein Gerichtspräsident dessen Anbringung im Anwaltszimmer als unnütz, erst auf Beschwerde trat Remedur ein. Die Stenographie existiert für unsere Gerichte nicht. Vervielfacht man die bei sämtlichen Gerichten Deutschlands mit dem Schreiben von Zeugenprotokollen im Vergleich zum Stenogramm verwendete tägliche Mehrzeit mit der Anzahl der dabei anwesenden Juristen, so kommt man nach meiner ungefähren Schätzung auf eine jährliche Verschleuderung von etwa 150—200 Jahren Juristenzeit! Jeder einigermaßen beschäftigte Rechtsanwalt, der diktiert, würde lachen, wollte man ihm zumuten, sich auf Kurrentschreiben einzulassen. Das kostbarste und beschränkteste, ihre Zeit, wissen die Gerichte nicht einmal zu schätzen. Doch das sind Äußerlichkeiten. Aber auch in dem Inhalt ihres Berufs selbst beherrscht die Juristen im allgemeinen dieser konservative Geist, der sie weder im Tat- noch im Rechtsgebiet einen Hauch der Neuzeit hat verspüren lassen.

Perikles verdankte seine politische Allmacht mit dem Umstande, daß er alle Bürger Athens persönlich kannte. Unsere Juristen beurteilen Typen von Rechtsverhältnissen, statt Menschen von Fleisch und Blut, von denen keiner genau wie der andere ist, und statt bestimmte einzigartige Beziehungen dieser einzigartigen Menschen. Genau wie in der Schule der Sprachunterricht mit der Grammatik begonnen wird, so wird der Jurist schon im Studium mit juristischer Grammatik angefüllt. In der Natur kommt aber erst das naturwüchsige Sprach- und Rechtsgefühl, dann Grammatik und Konstruktion, nicht umgekehrt. Das Recht muß induktiv gefunden werden, es muß auch heute noch so volkstümlich wachsen und leben wie die Muttersprache und der Mutterwitz. Es ist schade, daß unsere Sprache das Wort Mutterrecht in diesem Sinn nicht gebildet hat. Begnügen wir uns also mit dem Wort Volksrecht oder volkstümliches Recht.

Unsere Verhältnisse werden freilich immer verwickelter. Aber deshalb kann doch unser Recht volkstümlich bleiben, es muß nur von Männern gefunden werden, die mit diesen Verhältnissen innig vertraut sind. Der am innigsten Vertraute muß richten, dessen Wissenschaft ihr Schlachtfeld im Leben und Verkehr hat, nicht der scholastische Gelehrte, dessen Wissenschaft ihr Schlachtfeld in der Bibliothek hat und dessen Panier das Zitat ist. Wir haben jetzt in der Praxis fast lauter Leute, die sich nach Lichtenberg's Wort nicht getrauen, zu sagen, es wehe ein kalter Wind, wenn sie nicht vorher irgendwo gelesen haben, daß es andere Leute gesagt haben. Und diese zusammengelesene Gelehrsamkeit verzapfen sie dann als Wissenschaft. Und das sieht dann so aus, als wenn es ungeheuer verwickelter Gelehrsamkeit statt kundiger Beobachtungs- und Erfahrungswissenschaft bedürfe, um das heutige Leben zu „richten". Die Wagnersche Musik ist komplizierter als das Volkslied, aber unser Ohr und unser musikalischer Sinn sind doch im Grund und Wesen dieselben. Und Niemand hat genialer als Wagner in seinen Meistersingern die Unnatur einer gelehrten Kunst und die Beckmesser gegeißelt. Eine „gelehrte" Justiz ist aber um kein Haar besser als eine „gelehrte" Kunst. Was in einem einzelnen Fall „Recht" also das Rechte ist, das kann doch nicht aus gelehrten Büchern und Konstruktionen hervorgeholt werden, sowenig wie das Moralische aus Büchern und Schriften kommt. „Unsere Doktoren und Schriftgelehrten" sagt der bayrische Staatsanwalt Maurer in seiner Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens (Heidelberg 1824 S. 252), „interpretieren freilich sehr juristisch und gelehrt, z. B. den von einem Bauersmann abeschlossenen Vertrag aus dem römischen oder Gott weiß welchem Recht, als habe der Bauersmann nach der bekannten Regel: ignorantia juris nocet, sehr genau gewußt, und zuvor bedacht, was in diesen Rechten stehe, was oft eine Stunde vorher der Herr Doktor selbst noch nicht gewußt und aus zwanzig oder mehr Folianten selbst erst erkannt hat, und so aus lauter juristischer Konsequenz, Unrecht auf Unrecht häuft." Das ist aber bei allen anderen Volskreisen insbesondere beim Handelsstand geradeso. Man sollte glauben, ein jeder Kaufmann habe den Staub'schen Kommentar mit seinen neuerdings 2041 Seiten einschließlich des Sachregisters im Kopfe, bevor er in den Verkehr tritt. Und dann soll das, was er gewollt und gemeint hat, und das, was für den einzelnen

Differenzenfall rechtens ist, womöglich aus abstrakten Kategorien hergeleitet werden. Es soll also z. B. das Recht im konkreten Fall davon abhängen, ob man den nicht ganz unter die Schablonen passenden Vertrag als Dienstvertrag oder Werkvertrag oder Werklieferungsvertrag, „konstruiert" oder „subsumiert", worüber stets zwei, drei oder mehr Meinungen bestehen werden. Nicht aus der wirtschaftlichen und Interessenlage, sondern aus den Büchern und gelehrten Schriften, die nachträglich der Jurist auf den Fall hin studiert, soll herausgelesen werden, wie eine nicht im Gesetz selbst klar entschiedene oder nicht unter seine Schablonen passende Sachlage zu beurteilen ist. Man nennt das „wissenschaftliche" Justiz. Ihr gegenüber gab es schon ein altes gutes Wort: Pectus facit jurisconsultum — die Brust macht den Rechtsgelehrten; natürlich muß der Rechtsgelehrte gescheit und sachkundig sein, also sachliches nicht formalistisches Wissen haben. Was das in einem Streitfall Richtige ist, kann nur ein Sach-, Lebens- und Menschenkenner, nicht ein Gelehrter erkennen.

Könnte doch Jemand das Licht der Erkenntnis in die vielfach tüchtigen und oft von Haus aus hochintelligenten Köpfe unserer Juristen gießen, auf daß sie einsehen, daß hier ein gewaltiger Ruck nach vorwärts geschehen, daß die Rechtswissenschaft ein Stück der Naturwissenschaft werden muß! In einer Zeit, wo wir nach der letzten Zählung etwa 15000 Berufsarten in Deutschland haben gegen die paar wenigen in der alten Welt, ist es ein Hohn, die römische ärmliche Zivilistik mit ihren fallenden Balken, ihrem Sklavenrecht, ihren Haarspaltereien als Grundlage und Muster beizubehalten oder gar sich mit antiquarischen Skurrilitäten abzugeben, die die Juristen noch viel weniger angehen, wie die Poeten das Sanskrit, obwohl dieses die Wurzel ihrer Sprache ist. Ein Dichter, der bei jedem Satz an Sanskrit dächte, würde nicht besser, sondern schlechter dichten. Sein Sprachgefühl würde darunter leiden. Noch viel verderblicher ist die jetzige Pandektologie für die Ausbildung des Rechtsgefühls.

Die preußischen Minister der öffentlichen Arbeiten und der Justiz haben kürzlich für Neubauten von Gerichtsgebäuden angeordnet, es solle bei der Darstellung der Themis die Binde vor den Augen wegbleiben. Die ursprünglich satyrische Binde war seit Jahrhunderten als Symbol dessen gedacht, daß die Gerechtigkeit ohne Ansehen der Person ihres Amtes walte. Gemeint war damit, ohne Ansehen der äußeren Verschiedenheiten der Person. König und Bettler sind vor ihrem Throne gleich. Das ist aber unserer Justiz in Fleisch und Blut übergegangen, dafür braucht sie kein Symbol mehr. Dagegen ist sie noch an tiefster Stelle, wo es gilt, die inneren Verschiedenheiten der Personen zu erkennen. Dieses Ansehen der Person, das Individualisieren im Tatsachen- und Rechtsgebiet, bei der Wahrheitserforschung und Rechtsauslegung, ist die Seele aller echten Justiz. Und darum soll uns die Wegnahme der Binde das Vorzeichen einer neuen Zeit sein und bedeuten: Seht euch bei streitigen Tatfragen die Menschen an, die Parteien sowohl, wie die Beweispersonen! Nicht nur, ob sie Ehrenmänner oder Lumpen sind, sondern ob sie intelligent, eitel, gedächtnisstark, erblich belastet, neurasthenisch, zynisch, exaltiert, träumerisch, roh, cholerisch, trunksüchtig, wichtigtuerisch, lügnerisch, ideal, interessiert oder tausend anderes sind. Dieses fragt und sucht zu erforschen, ehe ihr ihre Aussage beurteilt, und nicht, ob sie beeidet sind oder nicht, ob sie Vertreter sind oder nicht, ob sie im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder nur verschwägert oder nur bauernverschwägert sind und was solche Schablonen mehr sind. Und seht euch die Menschen selbst an, wie sie reden und stocken und sprudeln, wie sie aussehen, wie sie frei schauen oder die Augen senken, das alles lasset vorsichtig und erfahren auf euch einwirken und nicht die toten Protokolle! Und seht euch bei streitigen Rechtsfragen und der Auslegung des Gesetzes an, was der Verkehr, der soziale Fortschritt, das Gemeinwohl, das Kulturideal, der kategorische Imperativ und die Billigkeit, die Menschlichkeit und Gerechtigkeit verlangen. Und nicht, was der Buchstaben und die Motive und der oder jener Schriftsteller, der und jener Paragraphenmensch darüber meint. Oder ob darüber das oder jenes Präjudiz ergangen ist, wenn dieses für ganz andere Verhältnisse und Menschen, vielleicht für eine anders denkende Zeit bestimmt war.

Bisher sah die Themis nichts, sie hatte ja eine Binde vor den Augen. Bacon sagte von den Rechtsgelehrten, daß sie wie aus Fesseln heraus reden. Wir aber rufen: Weg die Binden, weg die Fesseln! Weg die Protokollwahrheit, weg die Justizphilologie! Mit einem Wort: Weg mit der Pandektologie und her mit der wahren Rechtswissenschaft!

Die tiefsten Wurzeln unserer Justizmisère aber stecken in der veralteten Mittel- und Hochschulbildung. Die literarischen Schätze unserer eigenen Nationalliteratur und die der großen europäischen Kulturnationen stehen uns um Lichtjahre näher als Jerusalem, Hellas und Rom. Und um die Kultur dieser drei Reiche zu erfassen, brauchen wir ihre toten Sprachen nicht; das hat ja schon die Luther'sche Bibelübersetzung sonnenklar praktisch bewiesen. Und neben jene modernen schöngeistigen Fächer muß eine moderne reale Ausbildung in den Naturwissenschaften und im Beobachten kommen. Bei lebenswahrer Gestaltung und Ausscheidung aller leeren Schulweisheit läßt sich das sehr wohl erzielen.

Als oberster Bildungszweck müßte die Erziehung zur Wahrhaftigkeit aufgestellt werden. Das muß der Jurist immer wieder betonen, weil hier der Angelpunkt unseres Kulturfortschritts sitzt. Man hat geraten, diese Dinge nicht mit der Justizreform zu verquicken. Das mag vom Standpunkt parlamentarisch-politischer Taktik ganz richtig sein. Dort mag man das ausscheiden. Hier aber, wo wir die Wurzeln eines schweren Kulturschadens ausgraben, wie wir ihn in der Pandektologie bekämpfen, darf gerade auch diese tiefste Stelle nicht unberührt bleiben, in der die Unwahrhaftigkeit unserer Kultur und damit unseres Rechtlebens verankert ist. Und deshalb sei auch hierüber dem in meiner „Schreibjustiz" Ausgeführten einiges zur Erweiterung und Abwehr hier beigefügt. Unsere pädagogische Wissenschaft, an deren Spitze Paulsen (Geschichte des gelehrten Unterrichts 2. Auflage 1896, 673), will das Nebeneinander moderner Naturwissenschaft und alttestamentlicher Weltschöpfung nebst den biblischen Wundern in der Schule bestehen lassen und es hinnehmen, daß wir am Morgen Glaubenslehre, Psalmen oder Kirchenlieder einlernen und am Mittag Horazische Oden und Lessingsche Schriften lesen. Alle diese Gegensätze seien in unserem geistigen Leben einmal vorhanden und die Schule, die den Schüler in das geistige Leben unserer Zeit einführen solle, werde es eben nicht einfacher machen dürfen, als es sei. Wird nicht dadurch die oberste Tugend, die Wahrhaftigkeit, wie durch ein Gift im innersten Mark zerstört? Sollen wir mit Paulsen uns damit begnügen, zu wissen, daß die Schule vor diesen Dingen die Augen geschlossen halte und daß die Herrschaft der Philologie in den Gymnasien die Gleichgültigkeit gegen die Fragen begünstige, die unser Volk und unsere Zeit bewegen? Und daß auch die Gebildeten sich einfach dem sog. Glauben rein äußerlich anbequemen, in den sie zufällig hineingeboren sind? Oder daß sie darin Fanatiker werden, ohne sich bewußt zu sein, daß, wenn sie in der Wiege mit dem Angehörigen irgend einer anderen Konfession vertauscht worden wären, sie jetzt dessen „religiöse Überzeugung" hätten?

Sind die so sprechen, „Professoren", mutige Wahrheitsbekenner?

Gerade so unwahrhaftig tischen übrigens unsere Gymnasien das Hellenentum auf, nämlich in einer geschminkten Weise. Die Nachtseiten der griechischen Kultur werden beinahe verhüllt. Wir brauchen uns — um von bekanntem Schlimmem auf dem sexuellen Gebiet zu schweigen — nur daran zu erinnern, daß die Uneigennützigkeit und Unbestechlichkeit eines Aristides mit vollen Backen gepriesen wurde. Die bei modernen Staatsmännern selbstverständlichen Eigenschaften persönlicher Integrität, ja einfacher pekuniärer Ehrlichkeit waren in Hellas auffallend, selten und besonderen Lobes wert. Um den edlen Teil des Gehalts des Griechentums zu erfassen, brauchen wir aber überdies — vgl. Friedrich den Großen und Schiller — sowenig die grammatische Folter, wie wir, um die Naturgesetze zu erkennen, den ganzen schulmäßigen Mathematikwust brauchen. Ein Lokomotivheizer versteht seine Maschine ohne jede Mathematik. Wenn der Jurist das verstände, wäre es hundertfach mehr echte und vor allem nützliche „Wissenschaft", als daß er in der umständlichsten Weise mit Sätzen über die Kongruenz und Ähnlichkeit der Dreiecke, über alle möglichen Beziehungen der trigonometrischen Funktionen, mit Gleichungen mit mehreren Unbekannten usw. Jahre seines Lebens hingebracht hat, um all diese Analysen und Konstruktionen und Beweise verdientermaßen wieder zu vergessen. Echtes Wissen aber bleibt leben. Was an diesem Wust wahren Wert hat, kann man sozusagen in ein paar Tagen lernen.

Amerika und England sind uns in der Schaffung von Schullaboratorien und Schulwerkstätten vorangegangen, dort kommen schon in der Volksschule die Schüler an die Dinge selbst heran, lernen sie selbst beobachten und bearbeiten. Das ist etwas ganz anderes, als das Paradeexperiment, das bei uns der Physiklehrer der passiven Klasse vorführt. Pestalozzi hat von unserem Schulunterricht als von einem Seelenmord gesprochen und Rousseau war mit ihm darin einig, daß der Weg zur Menschenbildung die Erweckung zur Beobachtung und Selbsttätigkeit und die Entwickelung des Willens zu edler Gesinnung sei, nicht aber Erzielung von Gelehrsamkeit. Nach allen Ergebnissen der Geschichts- und Naturforschung gibt es ferner keine andere wahre Religion als die Goethes, den Glauben an den Sieg des Edeln und Wahren über das Schlechte und Falsche. Was haben aber in aller Welt damit die babylonischen Märchen und die ganze Offenbarungs- und Priestergelehrsamkeit überhaupt zu tun? Aber selbst auf diesem Gebiete wird Gelehrsamkeit und Memorieren getrieben. Bei uns herrscht eben überall ein falscher Bildungsbegriff und vor allem der leere Bildungshochmut der Buch- und Sprachkenntnisse. Der eigentliche Bildungshochmut, sagt Paulsen, („Das deutsche Bildungswesen" S. 186), sei bis auf diesen Tag das Privileg der Philologen. Man muß hinzufügen: der Theologen und Juristen. Selbst der einfache Handfertigkeitsunterricht ist an Bildungswert dem Verbalismus bedeutend überlegen. „Die schlichten Künste der werktätigen Hand erziehen zu Ernst und Bescheidenheit, während den Künsten der Eloquenz und anderer Herrlichkeiten eine Neigung innewohnt, zu Bildungshochmut und Eitelkeit zu

verführen" (Paulsen a. a. O. 170)[3]). Und eben die verrotteten Zustände des Unterrichts unserer gelehrten Schulen und Hochschulen sind die Pflanzschule unseres zurückgebliebenen Juristengeistes „in Theorie und Praxis".

Hervorragende Juristen wollen den alten Unterrichtsbetrieb in unseren Mittelschulen, speziell in unseren Gymnasien damit rechtfertigen, daß die Überwindung von Widerstand mit Arbeit und Mühe zur Ausbildung des Intellekts gehöre (vgl. neuerdings Düringer in seinem gegen meine Schrift gerichteten Aufsatz im „Recht" 1907 S. 1028). Düringer weiß also nicht, wie die doppelte und dreifache geistige Anstrengung leicht und mit Vergnügen aufgewendet wird für etwas Geist und Gemüt Interessierendes.[4]) Es ist geradeso, wie der Bergsteiger die äußersten Gefahren und Strapazen mit Begeisterung überwindet und die höchsten Gipfel erklimmt, während er in öder Gegend ermatten würde. Der leere und widerwärtige Formelkram macht schnell Hirn und Nerven erschlaffen. Man kennt aus den Schulberichten, mit welcher Freude und welchem Eifer die Schüler Handfertigkeitsunterricht betreiben und wie sie da wirkliche Schwierigkeiten überwinden. Es wird die Zeit kommen, wo ein Junge, der einen Nagel gerade einschlagen kann, mehr gilt, als einer der sagen kann, was auf lateinisch und griechisch ein Nagel heißt. Ebenso hat sich gezeigt, wie die Knaben aufleben, wenn sie anstelle des toten mathematischen Formelkrams den Schulhof oder ein Flußufer vermessen oder die Höhe eines wirklichen, nicht eines papiernen Kirchturms bestimmen dürfen. Wann wirst du kommen, huldreiche Göttertochter und unsere Jugend hinausführen zu deinen Werken? ruft Oberlehrer Junge in seinem Aufsatz: „Die unpraktische Schulmathematik" im päd. Arch. 1907 Heft 4. Die Natur ist überall — auch auf geistigem Gebiet — so gütig, daß sie das Angenehme mit dem Nützlichen verbindet. Was dem hungrigen Geist schmeckt, ist zugleich, wenn er nicht künstlich verzogen ist, gut. Und nun kommen mit raffinierter Grausamkeit die Menschen und verbinden auf unserem höheren Schulwesen das Unnütze mit dem Unangenehmen. In meiner Jugend wickelte man noch die Säuglinge an Armen und Beinen von oben bis unten, die Arme fest an den Körper, die Beine gegenseitig aneinander. Das Sträuben und Schreien der Kleinen gegen diese sinnlose Qual zerschellte an dem Wahn, jene Prozedur sei für das gerade Wachstum unbedingt nötig. Seit hundert Jahren war sie erprobt. Nun hat eine hellere Zeit die Kleinen von der wahnwitzigen Tortur befreit. Und siehe da, sie wachsen freier und besser! Unsere geistige Wickelung aber ist noch nicht gelockert. Noch immer werden die „seit hunderten von Jahren erprobten" Binden und Banden um den Geist unserer Kinder geschnürt. Und genau so machen wir es im Rechtsunterricht.

In das Rechtsstudium würde sofort ein anderer Zug kommen, wenn der Student vorher das praktische Getriebe in einjähriger Tätigkeit etwa bis zu den Kenntnissen eines Justizaktuars sich angeeignet hätte und nachher an der Hochschule in die Lebens- und Verkehrsforschung eingeführt würde. Diesen auch von Anderen gemachten Vorschlag könnten doch seine Gegner mindestens als fakultative Einrichtung annehmen. Es würde sich dann ja bald zeigen, wer Recht hat. Die Amerikaner gingen in ihren Rechts-

---

[3]) „Dulden wir noch länger die verrotteten Zustände zunächst in der Schule? Ich sage, hier ist alles faul und reif für den Untergang. Unsere ganze Erziehung muß umkehren, wir erziehen nicht Menschen, wir bilden nicht freie Geister heran, sondern Maschinen, Puppen, nicht echte Bürger eines modernen Staats, sondern Sklaven, die nie zu wahrem Leben erwachen. Mit all dem Schutt vergangener Jahrhunderte, mit Märchen aus dem fernen Osten müssen wir die empfänglichen Kinderseelen belasten, anstatt ihnen das volle, rastlos vorwärts dringende Leben der Gegenwart zu zeigen, die Errungenschaften, die wir unseren kühnen Vorwärtsdenkern und Vorwärtsfreien verdanken, die uns erlösten von den Banden des Wahns. Steine statt Brot geben wir den Unmündigen, ja wir sind noch schlimmer, wir legen den Grund zu ihrer geistigen und womöglich auch körperlicher Verkümmerung fürs ganze Leben . . . Die moderne deutsche Schule, insbesondere die höhere Schule, hat in Wahrheit heutzutage in einigen ihrer Lebensäußerungen eine große Ähnlichkeit mit einem Zuchthause."

So urteilt der unlängst verstorbene Philolog und bekannte Schulmann Professor Dr. Ludwig Bräutigam (vgl. „Auf dem Heimweg" Berlin 1907 und den Aufsatz in der Deutschen Kultur vom 24. März 1907).

[4]) Vgl. die Ausführung bei Kant, Kritik der Urteilskraft Einleitung „VI. Von der Verbindung des Gefühls der Lust mit dem Begriff der Zweckmäßigkeit der Natur". Lichtenberg charakterisiert unsere Pädagogik ganz gut so: Es war ein vortrefflicher Junge, als er kaum sechs Jahre alt war, konnte er schon das Vaterunser rückwärts herbeten. Im weiteren verweise ich hier auf meine Erwiderung auf den Düringer'schen Angriff im „Recht" 1907, 1385 ff. Wer ein Pröbchen für die Beschaffenheit der attischen Geistesart der höchstgestellten Juristenorthodoxie verkosten will, der lese die Erklärung, die Düringer im „Recht" 1907, 1389 gegen meine Klarlegung seiner Vorurteile vom Stapel gelassen hat. Unser durch und durch pandektologisches BGB. preist er als Frucht jahrzehntelanger Arbeit unserer besten Juristen. Als ob schon Jemand den Fleiß der Windscheide bestritten hätte! Sie haben in der Jahrzehnte langen Klausur eine Kompilation zusammengebraut, die ein historischer Denkstein juristischer Astrologie sein wird. Die wachsende Prozeßzahl hält Düringer für eine Widerlegung der Gerichtsflucht, führt diese Vermehrung also wohl auf eine wachsende Beliebtheit der gelehrten Gerichte zurück! Mir selbst wird schecht gedeckter Rückzug, Entstellung, böser Wille, leidenschaftliche, ungerechte Kritik und blinde Neuerungswut vorgeworfen, womit ich im Vergleich zu dem, was wir aus dem Düringerschen Lexikon später kennen lernen werden, noch glimpflich weggekommen bin. „Du hast Unrecht, denn du schimpfst!"

schulen längst vom öden Vorlesungssystem, das die praktische Ausbildung in der Rechtsanwaltskanzlei ergänzte, zu dem sog. case system über. Dieses besteht darin, daß der junge Jurist, statt mit oft gedankenlos auswendig gelernten Rechtsobersätzen in das Leben hinausgesendet zu werden, um sie auf den Einzelfall anzuwenden, umgekehrt aus wirklichen Fällen und ihren gerichtlichen Entscheidungen die allgemeinen Grundsätze abzuleiten lernt. Hier ist also nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Lehrmethode die deduktive durch die induktive Methode ersetzt. Die Befürchtung, daß diese vernünftige und naturgemäße Gestaltung des Rechtsunterrichts dem wahrhaft wissenschaftlichen Streben Abbruch tun könnte, ist in Amerika durch die von Studierenden herausgegebenen Zeitschriften glänzend widerlegt. Allgemein wird betont, so berichtet uns Wäntig (SchmollersJ. 1902 4. Heft, 79), dem ich diese Angaben entnehme, daß das lebendige Interesse an den Rechtsfragen in studentischen Kreisen durch die neue Organisation merklich gewachsen sei. Mehr denn je lebe man in einer Atmosphäre juristischen Denkens, neun von zehn Studenten arbeiteten schwer, und wer zeitweilig auf der Mittelschule faul gewesen, betrachte seinen Eintritt in die Rechtsschule als den Beginn des eigentlichen Lebenswerks, *Ja, es herrsche ein Enthusiasmus, wie er in der Geschichte der amerikanischen Universitäten ohne Beispiel sei!* Und nun vergleiche man damit unsere Juristen-Bummelei auf den Universitäten, unser Einpauksystem und das Jammern unserer Rechtsjünger über die „trockene" Juristerei. Die Pandektologie, nicht die Rechtswissenschaft, ist öde, abstrakt und trocken. Wie wenig bedeuten unsere Interpretationsübungen und sog. Praktika! Unser Rechtsunterricht ist noch immer auf dem von Goldschmidt in seiner früher angeführten Schrift empfohlenen rezeptiven Vorlesungswesen aufgebaut. Und für dieses ist es bezeichnend, was Goldschmidt (S. 354) mit verständnislosem Staunen erzählt. Der bekannte konservative Professor Stahl habe nämlich dem ehemaligen preuß. Justizminister Leonhard auf dessen Klage über die Faulheit der studierenden Juristen erwidert: er, Stahl, sei noch viel fauler gewesen als die heutigen Studenten und er glaube, daß dies das einzig richtige sei. Es ist gegenüber dem, was sich jetzt Rechtswissenschaft nennt und der Art, wie sie betrieben wird, in der Tat das einzig richtige, sich möglichst davon fern zu halten. Die schönste und anziehendste Wissenschaft wird geradezu verekelt. Es schmeichelt ja unserer Eitelkeit, unser Unterrichtssystem über das amerikanische zu stellen. Amerika ist uns im Rechtsunterricht aber genau so voraus, wie im Schulunterricht.

In unserer ganzen Jurisprudenz aber müssen wir eine ähnliche Entwickelung durchmachen, wie wir sie im 18. Jahrhundert in unserer schönen Literatur durchgemacht haben. Der Sturm und Drang reinigte die Luft von Gottscheds rationalistisch-höfischer Poetik und schaffte Raum für Goethe, der an Stelle der „Gesetze" der Poetik das Erleben des Künstlers setzte. Daraus mögen dann andere die *neuen* Gesetze der Poetik ableiten. Wie Goethes Gedichte nach seinem eigenen Wort sämtlich Gelegenheitsgedichte sind, so müssen in der Justiz die Urteile nicht aus irgendwelcher pandektologischen Schablone, sondern mit Hilfe echten modernjuristischen psychologischen und soziologischen Wissens und wahrer Sachkunde aus dem einzelnen Fall hervorwachsen. Man hat neuerdings das Wort geprägt: „Die Logik erfaßt niemals die Nuance. Alle Wahrheiten aber, die geistiger Natur sind, beruhen ganz und gar auf der Nuance". Auf kein Geistesgebiet paßt dies mehr als auf die Rechtswissenschaft und die Rechtsfindung.

In der letzten Generalversammlung für Sozialpolitik hat der Professor der Nationalökonomie Bucher gesagt: „Täuschen Sie sich, meine Herren Juristen, nicht über die Zeichen der Zeit, die Zeiten, wo der Jurist mit gleicher Selbstverständlichkeit in alle öffentlichen Ämter gelangte und überall gleich wenig leistete, die sind vorbei. Überall melden sich mit Macht die jungen Wissenschaften; wenn Sie das verkennen, so wird schließlich noch auf manchem Gebiet — nicht der Nationalökonom, aber der Kaufmann kommen, der Dernburg, und wie ein Sturmwind in diese veraltete Verwaltungsweise dazwischen fahren".

Wir müssen aber die Juristerei sogar auf ihrem eigensten Gebiet, in ihrer eigentlichen Höhle, in der Justiz selbst, bekämpfen, d. h. wir müssen eine völlig andre Jurisprudenz und völlig andere Juristen schaffen.

Aber nicht nur verhindert die Art, wie man bei uns heute Wissenschaft betreibt und lehrt, geradezu die Bildung (August Horneffer: Der Verfall der Hochschule, Leipzig 1907), es fehlt auch auf der Hochschule an Vorbildern. Kalte Gelehrsamkeit ist die Signatur der universitären Rechtswissenschaft. Wo diese sich ein wenig darüber zu erheben sucht, fallen diese Versuche kläglich genug aus. Wir erinnern uns unwillkürlich auch dabei wieder an das Wort Menger's von dem Auftragen der anderwärts veralteten Moden durch die Juristen.

Man wird einer Sache nur gerecht, wenn man ihre besten Vertreter nimmt. Drei der ersten lebenden deutschen Juristen sind die Professoren Stammler und Kohler und der RGRat Düringer. Ich verkenne weder manche vortreffliche Leistung Stammlers, noch die sehr großen Verdienste Kohlers auf den verschiedensten Rechtsgebieten, noch die hervorragende praktische Tüchtigkeit Düringers. Kohlers Eintreten für ein kulturgemäßes Recht und gegen den alten

juristischen Wortgötzendienst heben ihn aus den pandektologischen Allzuvielen hoch heraus, Stammlers „richtiges Recht“ ist das Ergebnis einer freieren Rechtswissenschaft, und Düringer steht hoch über dem Durchschnitt unserer Praktiker, er ist einer unserer besten Richter. Betrachten wir diese drei bedeutenden Juristen in ihrem höchsten Flug!

Stammler hat eine Art Neu-Kantianismus in Szene gesetzt. Dem Kantischen Kritizismus und seiner Erkenntnistheorie verdanken wir den Primat der praktischen Vernunft. Die Kantische Ethik gab uns den von Fichte als deren Kern geprägten Satz: wer auf Autorität hin handelt, handelt notwendig gewissenlos. Aber Kant war zwiespältig und zum einen Teil rückständig. Er ließ nicht nur Platz für den Dogmenglauben bestehen, er sah auch auf die empirischen Disziplinen herab. Die empirische Psychologie und Chemie hielt er nicht für wirkliche Wissenschaften. Er erklärte, in jeder Einzelwissenschaft stecke nur soviel eigentliche Wissenschaft, als „Konstruktion a priori“ und Mathematik darin sei. Die Kategorientafel in der Kritik der reinen Vernunft und die Tafel „aller oberen Vermögen“ in der Kritik der Urteilskraft, mit ihren je viermal drei Posten und die weitere philosophische Algebra sind Gipfel scharfsinniger aprioristischer Logik. Aber es kann kaum etwas verkehrteres geben, als die kritizistische Scholastik Kants als Methode in die Rechtswissenschaft zu übertragen. Das aber hat Rudolf Stammler (Wirtschaft und Recht 1896) versucht. Freilich könnte man glauben, der Verfasser habe eine Satire auf Kant von sich geben wollen. Denn von dem überlegenen Kantischen Geist steckt darin gar nichts als das Räuspern. Ich bezweifle stark, ob es schon jemand gelungen ist, sich durch ein solches dickleibiges Buch voll ungenießbarer Dogmatik durchzubringen.[5]) In seinem zweiten dicken Werk („Die Lehre von dem richtigen Recht“ 1902) findet man zum Teil die von Gény, Méthode d'Interprétation (1899) mit französischer Eleganz dargestellten Gedanken in kantisierter Dogmatik und abstruser Systematik wieder. Um im übrigen die ganze Ungeheuerlichkeit solcher Bücher zu empfinden, braucht man sich nur einmal vorstellen, in einer anderen wahren Wissenschaft, also in irgend einem Gebiete der Naturwissenschaften, würde heute etwas derartiges gewagt. Natürlich liegt dem Beginnen solcher Werke der Aberglaube zu Grunde, die Rechtswissenschaft sei eine reine Geisteswissenschaft und keine Naturwissenschaft d. h. Beobachtungswissenschaft.

Kohler (Moderne Rechtsprobleme Leipzig 1907 S. 6 ff.) pflanzt das Banner des Neu-Hegelianismus auf, während die dialektischen Torheiten Hegels bei allen modernen Geistern längst ihren Kurs verloren haben. Man wettert gegen den Positivismus als undeutsch, ohne eine Ahnung von dessen idealer Kraft zu haben. Vor allem, ohne zu wissen, daß dieser Positivismus durch die Forschungen der Kulturgeschichte als wahr erwiesen ist. „Alle moralischen Gefühle gewinnen an Gewicht und Kraft, wenn man ihre Legitimation nicht mehr auf unkontrollierbare Jenseitigkeitsmächte stützt, deren Dasein in Frage gestellt werden kann, sondern tief in die Menschennatur hineinverlegt und als eherne Imperative der Arterhaltung erweist“. (Stein „die Anfänge der menschlichen Kultur“). Hand in Hand mit der Hegelscholastik geht ein undefinierbarer pantheistischer Mystizismus. Um einen Begriff von diesen auf die mittelalterlichen Mystiker, namentlich Eckhard und Tauler, und auf indische Phantastereien zurückgehende Schrullen zu bekommen, genügt es wohl zu hören, daß Kohler das Wesen des Christentums in dem „tiefen Geheimnis“ der Eingangsworte des Johannes-Evangeliums über den Logos findet. (Der Geist des Christentums Berlin 1904, 33.) Auch hierin zeigt sich Kohler ganz als Adept der Hegelschen Logoslehre und des credo quia absurdum. Kohler bezichtigt den Materialismus, daß er die kirchlichen Übungen mit Hohn behandle und verficht zugleich die Kasernierung der „unentbehrlichen“ Prostitution (Moderne Rechtsprobleme S. 58 u. 59). Also auf diesen höchsten Gipfel deutscher Rechtskunde ist der Ruf Nietzsches noch nicht gedrungen: „Euer Kinder Land sollt ihr lieben, diese Liebe sei euer neuer Adel!“ Die geschlechtliche Reinheit und die hohe Liebe und Ehe müssen nach dem Vorschlag des englischen Forschers Francis Galton gleich einer neuen Religion in das nationale Bewußtsein eingeführt werden. Das wäre tausend mal mehr wert als alle „kirchlichen Übungen“ und alle jüdisch-christlichen Dogmen zusammengenommen. Man sage nicht, daß das eine Utopie sei, man erinnere sich an die Darlegung Schopenhauers (die Welt als Wille und Vorstellung), wonach man als religöse Leidenschaft den

[5]) Als Beispiel mag die Definition des sozialen Ideals dienen, die Stammler (a. a. O. „Vorlesung“ 588) gibt: „Das soziale Ideal ist ein einheitlicher *formaler* Gedanke, der als Richtmaß und Leitstern für alle irgendwelche empirisch erwachsenden Bestrebungen im sozialen Leben zu dienen hat; bei dessen Verfolgung konkretes Wollen, das auf Beibehalten oder auf Abändern geltender rechtlicher Satzungen geht, gesetzmäßig und objektiv berechtigt wird; der selbst aber niemals als empirische Tatsache in die Wirklichkeit des gemeinschaftlichen Daseins der Menschen tritt, noch treten kann“. Muß man sich so etwas gefallen lassen? Oder soll das Ganze mit der folgenden Erläuterung, Deduktion, Epimetrum, Reservation, Postulat, Erste Folgerung, Zweite Folgerung, Dritte Folgerung und Appendix nur eine Parodie oder Travestie der philosophischen Kabbalistik sein? Durch die neuerdings beliebte abstruse Unterscheidung zwischen Rechtskunst oder Rechtstechnik und Rechtswissenschaft werden solche Dinge nicht schmackhafter.

Menschen das Unglaublichste und Absurdeste einimpfen kann, also sicherlich auch das Vernünftigste, die Reinheit und die Größe der wahren Liebe. Statt diese einzig vernünftige Religion der Zukunft zu predigen, und unseren Jünglingen Ideale vorzuleben, bezeichnet man die Körper und Geist verwüstende Prostitution als „unentbehrlich"! Also auch wo man sich über die Niederungen der jetzigen Viertelswissenschaft Pandektologie etwas erhebt, ist heute morscher Boden. Es ragt eben nur der wahre Wissenschafter mit der Denkerstirn in des Himmels Auen. Nur die wahre Wissenschaft erhebt das Gemüt und gibt idealen Sinn. Die Scholastik verwirrt und verfilzt.

Von unseren Rechtsphilosophen und Kriminalisten wird immer noch das von Dubois-Reymond zu den sogen. transzendenten Welträtseln gerechnete, von den Philosophen von jeher behandelte Problem der Willensfreiheit diskutiert. Ob der Verbrecher mehr durch die soziale und wirtschaftliche Umwelt, durch Anlagen und Erziehung oder durch den freien Willen bestimmt werde, diese Bibliotheken füllenden gelehrten Untersuchungen haben ungefähr den nämlichen Wert wie die bekannte Frage, ob das Ei oder die Henne das frühere ist, ob die Zeiten es waren, die die Cäsar, Luther, Napoleon und Bismarck machten, oder ob mehr die Männer die Zeit schufen, ob das Soziale oder das Individuelle das Ursprüngliche ist, und was derartige in Wahrheit scholastische Fragen mehr sind. Der ganz müßige Kampf erinnert an jenen bekannten anderen Streit, in dem der eine Teil schwor, ein Schild sei blau, der andere, er sei rot. Als man dann den Schild fand, war er auf der einen Seite rot, auf der anderen blau. Wer aber übersieht, daß der Mensch in des Lebens Drang steht und der größere Anteil seiner Schuld den unglückseligen Gestirnen zuzuwälzen ist, wer nicht beachtet, daß ein Sinken des Getreidepreises auf die Abnahme der Diebstähle mehr wirkt, als eine Vermehrung der Prediger gegen die Sündhaftigkeit des Diebstahls, der wird nie an die wahren Wurzeln der Verbrechen kommen. Auf der anderen Seite wäre alles strebende Bemühen um Persönlichkeit sinnlos, wenn der Mensch ein willenloser Spielball der Außenwelt wäre. Gerade darin wurzelt ja die große Bedeutung der Erziehung. Im übrigen überwiegt — je nachdem es sich um geborene, gewordene oder zufällige Verbrechen handelt — bald Anlagevererbung und Erziehungsvernachlässigung, bald Notlage, Versuchung oder Leichtsinn. Niemals aber, auch nicht bei der natürlichen Leidenschaft, ist ein rein freier Wille wirksam.

Was soll nun der junge Mann damit anfangen, wenn von Kohler unter Zitierung der Scholastiker Duns Scotus und Reinstadler dieser philosophische Determinismus bekämpft und gelehrt wird, (Moderne Rechtsprobleme 20 ff.), die volle Willensfreiheit sei sogar mit der göttlichen Vorsehung und Allwissenheit vereinbarlich, weil Gott eben die Setzung dieser Willensfreiheit, sowie die Möglichkeit der Sünden in seinen Weltplan aufgenommen habe. Wenn die Menschheit früher einen Gott für das Gute und einen für das Schlechte — heiße dieser nun Ormuzd oder Satan — schuf, so war das naiv aber ehrlich. Welche Bedeutung aber soll ein Gott haben, der nicht eingreift, der das Schlechte vollständig von der freien Entschließung der Menschen abhängig macht? Ich erwähne diese Dinge hier nur der Kennzeichnung unserer akademischen juristischen Gelehrsamkeit halber, deren erster lebender Vertreter Kohler ist.

Die rückständig-orthodoxe Luft der alten Pandektologie durchdringt die ganze geistige juristische Atmosphäre bis in die obersten Kreise auch der juristischen Praktiker. Ein Beispiel dafür, das wie ein Scheinwerfer die Situation erhellt, ist Düringer. Man braucht nicht blinder Anhänger Nietzsches zu sein, um zu erkennen, daß Nietzsche eine weltgeschichtliche Persönlichkeit ist, daß er gemeinsam mit anderen Geistesheroen — obwohl er seiner geistigen Riesenlänge angemessene gigantische Schatten und Fehler hat — dem europäischen Geist die sittliche Freiheit erkämpft und die wahre große Renaissance eingeleitet hat. Reichsgerichtsrat Dr. Adelbert Düringer hat in zwei Schriften, „Nietzsches Philosophie vom Standpunkt des modernen Rechts" (Leipzig 1906) und „Nietzsches Philosophie und das heutige Christentum" (Leipzig 1907), zu Nietzsche Stellung genommen. Was hören wir über Nietzsche? Über die erste Schrift verweise ich auf das, was ich in meiner „Schreibjustiz" (S. 80) gesagt habe. Nur die Jugendarbeiten im Rheinischen Museum haben Gnade vor dem Juristen gefunden; sie allein verdienen nach ihm die Bezeichnung wissenschaftlich. Es sind das: ein Beitrag zur Geschichte der Theognideischen Spruchsammlung, eine Abhandlung de Laertii Diogenis fontibus und dergleichen philologische Quisquilien. Da wittert man etwas von ähnlichem Kaliber wie die pandektologische juristische Wissenschaftlichkeit! Der mächtigen Zarathustra-Persönlichkeit, dem gewaltigen Wahrhaftigkeitsvulkan, den Perlen der Weltliteratur, steht unser Jurist verständnislos wie einem Buch mit sieben Siegeln gegenüber und glaubt den Genius mit Pandektenbegriffen abzuführen. Es ist, wie wenn Jemand Napoleon eine Vorlesung gehalten hätte, daß sein Unternehmen gegen die Lehrbücher der Geschichte verstoße.

Die zweite Schrift Düringers erinnert an die bekannte Fehde- und Schmähschrift, die ein kurpfälzischer Landsmann Düringers, Rat Stattler, am Ende des 18. Jahrhunderts gegen Kant schleuderte: „Kurzer Entwurf der unausstehlichen Ungereimtheiten

der Kant'schen Philosophie samt dem Seichtdenken so mancher Hochschätzer derselben, hell aufgedeckt für jeden gesunden Menschenverstand und noch mehr für jeden auch nur Anfänger im ordentlichen Denken". Ich gebe eine kleine, aber lange nicht vollständige Blumenlese aus dem Katalog der von Düringer gegen Nietzsche geworfenen Invektiven: völlige Verkehrtheit und Perversität seines ethischen u. sozialen Empfindens; roher Zynismus; unseeliger Denker; alberne Torheiten; geradezu verblüffende Naivität und Kindlichkeit; Wahnideen eines Geisteskranken; Wahnsinn; Gipfel des Unsinns; stilistisches Histrionenstück; ein Mann, der unfähig war, den einfachsten Lebensberuf zu erfüllen und auf Grund einer Invalidenpension vom Staate lebte; der an einer eingebildeten Vornehmheit krankende Literat Nietzsche; ordinäre Ausdrucksweise; phantastische Windbeuteleien; krankhafter Hochmut; gehirnkranker Literat. Natürlich wird ihm auch hier Mangel an Wissenschaftlichkeit vorgeworfen und in Fettdruck hervorgehoben, daß die blendenden Gedanken Nietzsches zum größten Teil nichts anderes seien, als Reflexe fremder Geistesarbeit. Gleich als ob je ein Mensch, und sei es der Genialste, nicht auf den Schultern der Vorwelt gestanden hätte! Kein Zweifel, dieser von Haus aus hochbegabte Jurist hat nicht eine Spur von Verständnis für den vom tiefsten sittlichen Enthusiasmus durchglühten Seher von Sils Maria. Und kein Zweifel, daß dieser hohe Richter, wenn er bei einer Anklage gegen Nietzsche mitzurichten gehabt hätte, Nietzsche wegen Gotteslästerung verurteilt oder auf Unzurechnungsfähigkeit erkannt hätte. Er sagt nämlich (S. 73), die Verhöhnung des Christentums im Zarathustra

> erfolgt in so roher und zynischer Weise, die Absicht, anders Denkende zu beleidigen und zu verletzen, ist eine so handgreifliche und offenliegende, daß man nur einen kranken Geist oder einen ganz ordinären Charakter zu derartigem fähig halten kann. (Es fehlt nur noch der Zusatz: Vergehen nach § 166 StGB.)

Und S. 73 (Über das Eselsfest) heißt es:

> Es gibt einen Grad von Frivolität und Zynismus, vor dem auch die Kritik ihr Haupt verhüllt und sich abwendet. Ist Nietzsche, wie seine Verehrer, insbesondere auch seine Schwester, behaupten, bei Abfassung des Zarathustra kein Gehirnkranker, kein Unzurechnungsfähiger gewesen, sind solche Geistesprodukte nicht lediglich auf die Obszönität des Paralytikers zurückzuführen, so muß man Nietzsche für einen der ordinärsten Frechlinge erklären, die man sich denken kann.

Erschwerend zieht Düringer in Betracht, daß Nietzsche ohne Ehrfurcht etwas angreift, „was so vielen seiner Mitmenschen hehr und heilig ist, jedenfalls seinen eigenen Eltern und Voreltern hehr und heilig gegolten hat". Nietzsche wäre also von diesem Richter mit einer besonders saftigen Freiheitsstrafe bedacht worden. Höchstens wäre nach der bekannten Einerseits-Anderseits-Schablone die geistige Minderwertigkeit des Angeklagten strafmildernd in Berücksichtigung gezogen worden, wenn man nicht wegen einer die freie Willensbestimmung ausschließenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit Nietzsche für unzurechnungsfähig erklärt hätte. Der kühne Zimmermannssohn von Nazareth, als dessen Kämpe man hier auftritt und dessen Kulturtat gleichfalls ein Zerbrechen alter Tafeln, eine Umwertung bis dahin giltiger Werte war — „es ist euch gesagt, ich aber sage euch" — hat die Schriftgelehrten mit dem ewig denkwürdigen Wort Otterngezücht bedacht. Und es ist sein welthistorisches Verdienst, daß er getünchte Gräber wegfegte, daß er ausrottete, was seinen Mitbürgern und seinen Eltern und Voreltern hehr und heilig war, den Aberglauben an ein auserwähltes Volk mit besonderer Mission, und die Bindung der Religion an äußerliche Ge- und Verbote wie an Speisegesetze und übertriebene Sabbatheiligung, auf deren Verletzung bekanntlich seine Väter die Todesstrafe setzten. „Wer Vater und Mutter mehr liebt denn mich, der ist meiner nicht wert." Und an Stelle des seinen Vorfahren „heiligen" heidnischen Opferwesens und des Priester- und Levitentums und der „kirchlichen Übungen" setzte er das eventuelle — er schrieb es nicht vor, sondern gab es anheim — ganz kurze schlichte Gebete im stillen Kämmerlein o h n e den Hohepriester und seine Gehilfen als Mittler zwischen dem Betenden und seinem Gott. Aber es ist ihm ergangen, wie es Sokrates, Giordano Bruno, Galilei, Luther und Spinoza erging, und wie es Nietzsche mndestens auf dem Papier widerfuhr. Alle diese großen Befreier wurden von den Pfaffen und vom Pöbel der Gotteslästerung angeklagt. Schon diese Lehre der Geschichte müßte — nebenbei bemerkt — den § 166 StrGB. wegschwemmen. Als Eckermann zu Goethe meinte, es täte not, daß ein zweiter Erlöser käme, um den Ernst, das Unrecht und den ungeheueren Druck der jetzigen Zustände uns abzunehmen, antwortete Goethe: Käme er wieder, man würde ihn zum zweitenmal kreuzigen. Ein alter Kirchenvater meint: Christus sagt, ich bin die Wahrheit, nicht ich bin die Gewohnheit; also ist alles, was gegen die Wahrheit ist, gegen Christus, selbst wenn es noch so alte Gewohnheit wäre. Die mangelnde Kulturerziehung aber hält unsere heutigen juristischen Kirchenväter auf einem Standpunkt zurück, der weit hinter dem der fortgeschritteneren Geister der Nation liegt.

Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts hat Georg Beseler den flammenden Appell an die deutsche Nation gerichtet: „Wenn noch die Kraft einer lebensvollen und organischen Regeneration in der Nation ist; wenn der göttliche Funken altgermanischer Freiheit, der in England zur hellen Flamme aufgeschlagen ist, und selbst das erstarrte Leben der romanischen Völker geistig durchwärmt hat, in

Deutschland, seiner Heimat, nicht ganz verkommen ist, sondern unter der Asche fortglimmend, zum neuen Glanze aufgeregt werden kann; wenn wir überhaupt noch auf ein freies und nationales Rechts- und Staatsleben hoffen dürfen; so wird auch ein frischer und tüchtiger Geist in unsere Gerichtshöfe wieder einziehen und statt der Aktennot und elender Geheimniskrämerei wieder das offene Wort und die besonnene, aber energische Entschlossenheit darin herrschen. Wir müssen aus der Schriftgelehrsamkeit heraus zur lebendigen Tat, so wie in allen Beziehungen des öffentlichen Lebens, so auch namentlich in dem gerichtlichen Verfahren".

Er verlangte durchweg Schöffengerichte und schloß mit dem Mahnruf an die deutschen Juristen, die Stimme des schlichten Rechtsgefühls und der Erfahrung in den Gerichten gelten zu lassen, und nicht bloß ihr angeschultes Wissen. Nur für engherzige und selbstsüchtige Seelen erscheine es als ein unerschwingliches Opfer, auf die ausschließliche Macht einer hergebrachten Herrschaft zu verzichten. Die wahre Würde der Wissenschaft und des eignen Stands erheischten aber dieses Opfer. Dies gebiete aber auch, wenn nicht alle Zeichen trügten, die Klugheit. Denn, so schloß er

„einer tiefen nationalen Bewegung, welche auf eine mehr naturgemäße und volkstümliche Gestaltung unseres Rechtswesens hindrängt, werden sich die Vertreter einer dem Leben entfremdeten, wissenschaftlich überwundenen Lehre ohne Aussicht auf dauernden Erfolg widersetzen".

Und was war der Widerhall des Pronunziamentos in der juristischen Orthodoxie? Der damalige juristische Oberpriester Puchta, Geh. Justizrat und Professor in Berlin, jener Puchta, dem zu Ehren Ihering seinen „Geist des römischen Rechts" mit der Widmung schmückte: „Dem Andenken des großen Meisters Georg Friedrich Puchta", der nämliche Puchta, der das Pfandrecht an eigener Sache für eine monströse Rechtsbildung und die direkte Stellvertretung für einen unmöglichen Begriff erklärte, warf Beseler der Sache nach Verrat an seiner Wissenschaft und seinem Beruf vor. Der Gegensatz zwischen Juristen und Volk sei ähnlich wie der zwischen Priestern und Laien. Es wäre nun doch ganz falsch, sagt Puchta, wenn man schließen würde: Volksreligion sei die im Volk entstandene und in seinem Bewußtsein lebende Religion; folglich seien die Priester aus der Religion auszuschließen, auch insofern sich nicht nachweisen lasse, daß sie durch falsche Auffassung oder Betrug die Volksreligion korrumpieren. „Man setze aber statt Volksreligion: Volksrecht und statt Priester: Priester der Themis, so hat man, wenn ich nicht irre, die Ansicht unseres Autors".

Darauf gab Beseler (Nachtrag zu „Volksrecht und Juristenrecht" vom Februar 1844) die ewig denkwürdige Antwort: „Wie aber, wenn die Sache sich so verhielte, daß die Priester dem Volk einen ihm aufgedrungenen Kultus administrierten; wenn List oder Gewalt, Heuchelei oder Fanatismus die Menge zu den fremden Göttern triebe; würde da das Volk sich in seinen Priestern erkennen: würden sie die Träger des nationalen Glaubens sein? Sie haben eine gefährliche Analogie gewählt, Herr Puchta! Doch ich will sie nicht weiter ausführen".

Die allgemeine Einführung von Schöffengerichten erklärte Puchta für eine Schwärmerei, für einen so unpraktischen Plan, wie er je aus der Feder eines Gelehrten geflossen sei. Noch kein Lustrum später kam die sturmbewegte Zeit des deutschen Volksfrühlings und brachte dem deutschen Volk die Schwurgerichte.

Die historische Entstehung des Schwurgerichts darzustellen, ist hier nicht der Ort. Aber seine heutige Erhaltung beleuchtet am hellsten das, worüber jetzt wieder der Kampf entbrennt und deshalb sei hier ein Wort darüber verstattet. Das Schwurgericht stellt einen merkwürdigen Kontrast dar. Worin die Geschworenenbank das gelehrte Richtertum übertrifft und was sie diesem gegenüber populär macht, das ist — gegen die hergebrachte Meinung — noch mehr ihre Stellung zur Rechts- als die zur Tatfrage. In Wahrheit ist heute jedes Eintreten für das Schwurgericht bewußt oder unbewußt nichts als ein Verdikt gegen unsere Pandektologie. Geschworene hätten nicht in unsinniger Übertreibung des gegen die alte Kabinetsjustiz gerichteten, an sich wohltätigen und vernünftigen Satzes: Kein Verbrechen ohne Strafe, einen ganz brutalen Elektrizitätsdiebstahl für straffrei erklärt, weil die Elektrizität vermeintlich keine „bewegliche Sache" sei. Sie hätten aber auch nicht umgekehrt Jemanden wegen Diebstahls bestraft, der eine abgestempelte Briefmarke von einer an ihn gerichteten Postpaketadresse losgelöst und in das Album seines Sohnes geklebt hat. Oder ein Dienstmädchen, das ein Stückchen Stearinkerze sich angeeignet hat, um Nachts einen Brief zu schreiben. Oder zwölfjährige Knaben, die von einem Kohlenwagen eine Handvoll Kohlen wegnahmen. Geschworene würden nie die Torheit begehen, einen Angeklagten, der schwere Übelstände aufgedeckt, blos deshalb zu bestrafen, weil er sich in irgend einem Ausdruck sprachlich vergriffen und deshalb einer Verbalinjurie schuldig gemacht habe. Dagegen sprachen sie wiederholt eine in höchster Not und Verzweiflung geratene, vom Vater ihres Kindes verlassene und in's Elend gestoßene Kinds-

mörderin frei. Und sie verneinten die Schuldfrage, als ein seit vielen Jahren unbescholtenes Mädchen die ganz zufällige und plötzliche und dazu noch damals unerhebliche Frage, ob sie niemals mit einem Manne geschlechtlich verkehrt habe, in momentaner Verwirrung und Scham unwahr beantwortete. Ob der seelische Zustand dieser Täterinnen nach allem, was auf sie einstürmte, noch eine Zurechnung als menschlich gerecht erschienen ließe, hätten Juristen allerdings schwerlich verneint. Sie treiben eben auch auf dem Gebiet des Strafrechts Pandektologie. Ob in einem Falle reale oder ideale Konkurrenz anzunehmen, ob eine Tat unter die eine oder andere Begriffsschablone zu bringen ist, derartige Dinge halten sie für den Kern wahrer Wissenschaft. Im übrigen sind ihnen auch im Strafrecht Menschen und Dinge Typen. Für Geschworene hätte man die jetzt vorgelegte Novelle über Majestätsbeleidigung nicht gebraucht. Denn für das naturwüchsige Rechtsgefühl schreiten die Rechtsbegriffe von selbst mit der Kultur fort und was vor Menschenaltern als Gotteslästerung oder Majestätsbeleidigung empfunden wurde, wird es in weiten Kreisen heute nicht mehr, weder wenn es sich um unbedachte Äußerungen und noch weniger, wenn es sich um ernste politische, literarische oder kultursatirische Emanationen des Menschengeistes handelt. Auch auf dem Strafrechtsgebiet verkennt eben die Pandektologie gründlich, daß das Recht selbst sich ständig in Entwickelung befindet.

Und doch ist die Geschworenenbank ein unsachverständiges Gericht mit allen Fehlern eines solchen, sein Vorzug ist die völlige Freiheit von Pandektologie. Wenn also Strafrechtstheoretiker die verantwortungsvollste und schwierigste juristische Tätigkeit, die Schuldfrage in schweren Kriminalverbrechen den Laien vorbehalten, so schätzen sie ihre ganze Lehrtätigkeit ganz richtig ein. Sie richten nämlich tatsächlich Menschen zur Rechtsprechung ab, die noch ungeeigneter dazu sind, als solche, die gar nicht abgerichtet sind. Ja, die man nach der eigenen Meinung jener Rechtslehrer von den Nichtgelehrten absperren muß. Und in der Tat liegt die spätere Überlegenheit des guten Juristen über den Laien in der Kunst und Übung, die sich der Jurist ganz gegen das etwaige Universitätsstudium erwirbt. Eine medizinische Fakultät, die den von ihr ausgebildeten Ärzten sagen würde, bei den Krankheiten auf Leben und Tod sollten sie das Feld den Nichtärzten räumen, würde sich unsterblich lächerlich machen. Und doch ist das Seelenleben des Menschen nicht leichter, sondern viel schwerer zu beurteilen, wie sein Körper. Die Behauptung des sonst fortschrittlichen und modern denkenden Kriminalisten von Liszt (die Reform des Strafverfahrens 1906, 19), daß die Geschworenen selbst ohne juristische Leitung sehr wohl imstande wären, ihren Wahrspruch zu begründen, steht jenseits jeder Erfahrung. Überall machen wir sonst Experimente, warum nicht auf diesem Gebiet? Es brauchte nur dieser Begründungszwang für eine einzige Schwurgerichtssession durch Gesetz angeordnet zu werden. Oder es könnte durch ein Gesetz bestimmt werden, daß die zwölf Geschworenen je in einem einzigen etwas verwickelten oder zweifelhaften Fall in einer einzigen Session als Zeugen die von ihnen soeben abgeurteilte Sache zu erzählen hätten. Man würde sein blaues Wunder erleben. Eine ganze Menge älterer Landleute sind mehr oder weniger schwerhörig. Aber auch wer gut hört, jedoch an vielstündige scharfe Beobachtung nicht gewöhnt ist, kann sich schwer ein Gesamtbid machen. Über Intelligenz und Charakter der Geschworenen ist im einzelnen meist überhaupt nichts bekannt. Sie wählen zur Leitung einen Obmann, den sie in der Regel vorher gar nicht kennen. Görres a. a. O. erzählt, daß einer Obmann wurde, weil er einen Gehrock anhatte. Manchmal wäre eine Geschworenenbank in ihrer Mehrheit durchaus sachkundig für eine landwirtschaftliche Ausstellung oder Viehprämiierung. Aber ein Hohngelächter würden sie erheben, wenn Menschenkenner und Psychologen eine Kuh beurteilen würden. Daß aber Kuhkenner Menschen beurteilen, hält man für natürlich. Genau das Gleiche gilt für die aus anderen Berufskreisen kommenden Geschworenen je für ihr Fach. Es ist weiter vollkommen richtig, daß der einfache Arbeiter an Intelligenz oft dem Landwirt oder Kleinbürger nicht nachsteht, und daß er deshalb genau mit demselben Recht oder Unrecht Geschworener sein kann wie jener. Aber was würden unsere Fabrikarbeiter, Heizer, Hobler für Augen machen, wollte Jemand ihre Arbeit tun, der es nicht gelernt hat. Sie würden ihn für geisteskrank halten oder etwa dem gleichstellen, der Geige spielen wollte, ohne es gelernt zu haben. Und der unergründliche Orakelspruch der Geschworenen, wie er selbst ohne jede Garantie für gründliche oder auch nur geordnete Diskussion oft nach der Direktion des energischsten Geschworenen zustande kam, ist nicht durch Berufung oder materielle Revision anfechtbar, sondern unfehlbar. Das Schwurgericht wirkt aber auch demoralisierend auf die daran beteiligten Juristen, weil Vorsitzender Staatsanwalt und Verteidiger immer abwägen müssen, wie alles auf die Geschworenen wirkt. Wobei man allerdings meist sehr im Dunkel tappt. Feinere Redewendungen oder literarische Anspielungen treffen bei der Mehrheit der Geschworenen meist auf gar kein Verständnis. Es ist nach meiner vieljährigen genauen Beobachtung der Menschen in Rechtsdingen eine ungeheuerliche Mystik, daß wie mit einem Zauberschlag die schwierigste aller Künste, das Beurteilen und Richten von Menschen, plötzlich über darin nicht Geübte kommen soll. Dagegen

tun sie vortreffliche Dienste als gemeinsame volle Mitarbeiter mit dem gelernten und geübten Menschenkenner, dem wahren und echten Juristen, den sie immer in warmer Verbindung und Berührung mit dem Volksempfinden halten.

Es ist die entscheidende Probe auf die Lehrtätigkeit unserer Rechtsprofessoren, ob sie Juristen schulen, die nach langjähriger praktischer Tätigkeit in den schwierigsten juristischen Dingen, der Schuldfrage bei Kriminalverbrechen, geeignet sind, mit Laien zusammen Wahrheit und Recht zu finden. Wenn wir die freie Rechtsschöpfung auf Grund realer Interessenabwägung und eine wahrhaft freie psychologische Beweiswürdigung schaffen, wenn also die Jurisprudenz auf beiden Hemisphären, in der Wahrheits- und in der Rechtsermittelung, im materiellen Recht und im Prozeß, aus der Pandektologie eine wahre Wissenschaft d. h. eine Beobachtungs- und Erfahrungswissenschaft geworden ist, dann ist die Mitwirkung der Laien einzig und allein in der Form des Schöffengerichts vernünftig Und umgekehrt kann der Schöffe — auch im Zivilrecht — nur wahrhaft mitwirken, wenn die Rechtsfindung wieder volkstümlich wird. Andernfalls ist das Schöffentum eine leere Dekoration. Der Schöffe ist ja mehr wie der Geschworene, er ist voller Richter mit vollem Stimmrecht auch bei der Strafzumessung. Wenn das Volk also den Geschworenen dem Schöffen vorzieht, so heißt dies nichts anderes, als daß es schon die Berührung des Laien mit dem Richter, schon die gemeinsame Beratung mit dem Juristen fürchtet. Wenn nun unsere Gesetzgebung das anerkennt, trotzdem der im Gerichtssaal fremde Laie gar keine Vorbildung speziell für diesen Beruf, insbesondere auch keine Ausbildung in der Psychologie mit sich bringt, also hierin dem Juristen gleichsteht, so ist das doch — ich wiederhole es mit Nachdruck — das furchtbarste Verdammungsurteil gegen die juristische Weltfremdheit in der Menschen- und Lebensbeurteilung und gegen die Konstruktionsjurisprudenz, mit einem Wort also gegen die Pandektologie. Denn der nichtgelehrte Geschworene beurteilt mindestens die Menschen nicht so schablonenhaft, er sieht mehr auf die Persönlichkeit und er übt in Rechtsdingen nicht Konstruktion, sondern freie Jurisprudenz. Wie sehr ihm ein wahrer, psychologisch und soziologisch geschulter Jurist überlegen ist, brauche ich hier nicht weiter darzulegen. Die jetzige Überlegenheit des Juristen dagegen ist zum weitaus größten Teil nur eine formalistische, eingebildete und scheinbare. Es ist bekannt, wie Bismarck darüber dachte. Den späteren Reichsgerichtspräsidenten v. Öhlschläger hat er zum Staatssekretär mit der Begründung gemacht, daß er ein Jäger sei; Jäger hätten ein gutes Auge und gesundes Urteil. Dies hat Öhlschläger Gurlitt selbst erzählt (vgl. dessen „Erziehung zur Mannhaftigkeit, Berlin 1906 S. 14). Das war bei Bismarck, wie aus vielen anderen Äußerungen von ihm erhellt, kein Scherz. Nur wahre Wissenschaft, nicht Scholastik steht über der Nichtwissenschaft; die Scholastik steht unter ihr. Deshalb muß das Schwurgericht als ständiges Menetekel gegen die gelehrte Pandektologie insolange aufrecht erhalten werden, bis wir eine psychologisch-soziologische Rechtskunde haben. Erst dann ist das große Schöffengericht reif. Das Menetekel Schwurgericht aber lautet: Besser gar keine Jurisprudenz als Pandektologie! Das Schwurgericht hat also heute noch seine Mission.

Wenn wir durch Abschaffung der schriftgelehrten Pandektologie Bahn für ein vernünftiges Laiengericht d. h. das Schöffengericht schaffen, dann können wir auch den intelligenten Arbeiter als gleichberechtigt zum Schöffenamt heranziehen. Das wäre zugleich eine sozial versöhnende Institution, die stärkste freiheitliche Tat gegen die klassenverhetzende Sozialdemokratie, die sich denken läßt.

Wird die Erlösung von der Pandektologie in Recht und Prozeß bald kommen? Ich unterschätze die Schwerkraft des Bestehenden, das auch auf geistigem Gebiet giltige Naturgesetz der Trägheit und die Zähigkeit der juristischen Orthodoxie nicht. Aber wir dürfen auch die gewaltige Triebkraft eines weiten Volksempfindens nicht unterschätzen, wie es jetzt überall durchbricht. Eine kluge Regierung aber wartet nicht, bis sie durch elementare Macht geschoben wird. Sie muß, nach Arnim's Wort, der Bewegung stets einen Schritt voraus sein. Dazu aber muß sie vor allem die Bewegung kennen. Kennt man die Tiefe dieser Bewegung im Reichsjustizamt und in unseren Justizministerien?

Ein altes Sprichwort meint, die barmherzigen Chirurgen machen faule Wunden. Wer Mißstände sieht und Reformen verficht, muß wehe tun. Gegenüber den kalten Seelen aber, die in den Verkündern eines neuen Rechts nichts sehen als Herabsetzung und Verkleinerung unserer jetzigen Justiz, mag darauf hingewiesen sein, daß auch gründliche Justizreformen stets von Männern ausgegangen sind, die jene Glut der Wahrheitsleidenschaft und Vaterlandsliebe besaßen, ohne die in der Welt noch niemals ein echter Fortschritt erkämpft wurde.

Die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung des Reichsgerichts in Stempelsachen aus den Jahren 1905 und 1906.

Bearbeitet von Reichsgerichtsrat **Meyn.**

Preußisches Stempelgesetz vom 31. Juli 1895.

B. Tarif. (Schluß).

Nr. 37. **Tarifst. 67 (Vergleich).** Wird in einem zwischen Eheleuten für den Fall geschlossenen Vergleich, daß das zwischen ihnen schwebende Ehescheidungsverfahren zur Trennung der Ehe führe, nicht ein der Ehefrau in diesem Falle gesetzlich zustehendes Recht näher ausgestaltet und begrenzt, sondern ihr ein von der Entscheidung der Schuldfrage unabhängiges, selbständiges Recht auf gewisse Leistungen des Ehemannes gewährt, so ist, falls das in der Form des Vergleichs neu begründete Rechtsgeschäft einem Stempel unterliegt, der höher ist, als der Vergleichsstempel, dieser Stempel und nicht der Verglelchsstempel zu entrichten.

Urt. des VII. ZivSen. vom 26. Mai 1905. 607. 04.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 284 zu Nr. 25 mitgeteilt).

* * *

Nr. 38. **Tarifst. 70 (Versicherungsverträge).** Wenn ein lediglich auf den Todesfall abgeschlossener Lebensversicherungsvertrag unter Erhöhung der Prämie in eine solche auf dieselbe Summe lautende Versicherung umgewandelt wird, nach der die Versicherungssumme spätestens nach Ablauf einer bestimmten Reihe von Jahren, im Fall des früheren Todes des Versicherten aber schon in diesem Zeitpunkt zu zahlen ist, so liegt ein neuer Versicherungsvertrag vor, dessen in Gestalt eines Vermerks auf der Police über den ersten Vertrag erfolgte Beurkundung nach Tarifst. 70 stempelpflichtig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherte nach den Versicherungsbedingungen ein Recht auf Umwandlung der bisherigen Versicherung in die neue hat.

Urt. des II. ZivSen. v. 16. Februar 1906. 252. 05.

Eine zum Betrage von 10000 Mk. auf den Todesfall genommene Versicherung wurde auf Antrag des Versicherten unter Erhöhung der Prämie dahin abgeändert, daß die Versicherungsgesellschaft die Versicherungssumme spätestens nach Ablauf von 19 Jahren (im Falle des früheren Todes des Versicherten aber schon in diesem Zeitpunkte) zu zahlen hatte. Auf die Police über die Versicherung auf den Todesfall wurde ein Vermerk des Inhalts gesetzt, daß auf Antrag des Versicherten die nach Tab. A. abgeschlossene Versicherung v. 1. 9. 1900 ab in eine solche nach Tab. A[1] auf 19 Jahre umgewandelt werde, daß dem entsprechend die Versicherungsgesellschaft spätestens am 1. 9. 1919 die Versicherungssumme auszahlen werde und daß außer der bisherigen Prämie eine ihrem Betrage nach angegebene Ergänzungssumme zu entrichten sei. In den Versicherungsbedingungen war dem Versicherten das Recht gewährt, gegen Zahlung einer Ergänzungsprämie mit der Gesellschaft zu Beginn eines neuen Versicherungsjahres Auszahlung der Versicherungssumme für einen nach mindestens 10 weiteren Versicherungsjahren eintretenden Termin zu vereinbaren. Die Stempelsteuerbehörde sah in jenem Vermerk die stempelpflichtige Beurkundung eines neuen Versicherungsvertrages und erforderte den entsprechenden Stempel. Die Versicherungsgesellschaft, die anderer Ansicht war, klagte auf Rückzahlung des von ihr entrichteten Stempels, wurde aber in allen Instanzen abgewiesen. Im Revisionsurteil wurde ausgeführt: Die Annahme, daß ein neuer Versicherungsvertrag vorliege, ergäbe sich daraus, daß nach der früheren nur auf den Todesfall abgeschlossenen Versicherung der Versicherte selbst kein Recht auf die Zahlung der Versicherungssumme an ihn gehabt habe, während er jetzt einen betagten Anspruch darauf erworben habe, daß die Versicherungssumme an ihn selbst entrichtet werde. Daß im Falle seines vor Ablauf der 19 Jahre eintretenden Todes auch nach dem jetzigen Vertrage die Versicherungssumme zu leisten sei, nehme ihm nicht den Charakter eines neuen Vertrages, da für dessen Wesen auf die Abrede über die Zahlung der Versicherungssumme nach Ablauf von 19 Jahren das entscheidende Gewicht zu legen sei. Übrigens sei auch in dem ersteren Punkte eine wesentliche Änderung eingetreten, insofern nämlich, als es für die Versicherungsgesellschaft von erheblich anderer Bedeutung sei, ob sie damit zu rechnen habe, daß die Versicherungssumme von ihr zu der Zeit zu zahlen sei, die sich nach dem Alter des Versicherten und der von ihr der Versicherung zugrunde gelegten Sterblichkeitsberechnung als die wahrscheinliche Zeit seines Todes ergebe, oder ob sie die geringere Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen habe, daß der Versicherte innerhalb eines Zeitraumes von 19 Jahren sterben werde. Daß ein neuer Vertrag geschlossen sei, lasse auch die wesentliche Änderung der Gegenleistung des Versicherten, nämlich die erhebliche Erhöhung der Prämie erkennen. Daß die Gesamtheit der in dem einen oder anderen Falle bezahlten Prämie nach der Wahrscheinlichkeit berechnet denselben Betrag ausmachen werde, begründe die Annahme, daß der alte Vertrag bestehen geblieben und nur in einigen Punkten geändert worden sei, ebensowenig wie die gleiche Höhe der Versicherungssumme. Endlich sei es auch nicht richtig, daß durch die neue Vereinbarung nur etwas zur Ausführung und Ausgestaltung gebracht worden sei, was schon im alten Vertrage und zwar im Kerne insoweit enthalten gewesen sei, als dem Versicherten darnach ein Recht auf diese Umwandlung zugestanden habe; denn er habe nur ein Recht darauf gehabt, daß die Versicherungsgesellschaft überhaupt mit ihm eine neue Abmachung in der bezeichneten Richtung treffe, dagegen sei die Festsetzung des näheren Inhalts des neuen Vertrages der späteren Vereinbarung überlassen gewesen.

* * *

Nr. 39. **Tarifst. 71, Nr. 1 (Wiederaufhebung eines früheren stempelpflichtigen Vertrages).** Wird nicht auf Grund eines gesetzlichen Anspruchs sondern rein vertragsmäßig die Wiederaufhebung eines vollzogenen Kaufgeschäfts und die Rückgewähr des Kaufgegenstandes vereinbart, so ist für die Beurkundung dieses Vertrages nicht der Stempel der Tarifst. 71 Nr. 1 Abs. 1 von 1 Mk. 50 Pfg., sondern nach Abs. 2 dieser Tarifstelle der Stempel

für ein neues lästiges Veräußerungsgeschäft gemäß Tarifst. 32 zu verwenden.

Urt. des VII. ZivSen. vom 28. April 1905. 450. 04.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 238 zu Nr. 13 mitgeteilt).

* * *

Nr. 40. **Tarifst. 71, Nr. 2 (Allgemeiner Stempel für Verträge über vermögensrechtliche Gegenstände, wenn keine andere Tarifstelle zur Anwendung kommt).** Diesem Stempel unterliegen:

a) Verträge, durch welche der einen Vertragspartei das ausschließliche persönliche und dingliche Recht eingeräumt wird, auf den Grundstücken der anderen Vertragspartei nach Kali- Stein und beibrechenden Salzen zu bohren und diese zu gewinnen.

Urt. des VII. ZivSen. vom 5. Mai 1905. 481. 04.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 104 zu Nr. 9 mitgeteilt).

b) Verträge über die unentgeltliche Veräußerung eines vermögensrechtlich wertlosen Gegenstandes.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. November 1905. 61. 05.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 286 zu Nr. 31 mitgeteilt).

c) Verträge, durch welche unter Festsetzung einer Anerkennungsgebühr jemandem die unentgeltliche Benutzung eines Grundstücks bittweise und widerruflich überlassen wird.

Urt. des VII. ZivSen. vom 30. Oktober 1906. 17. 06.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 284 zu Nr. 27 mitgeteilt).

* * *

Nr. 41. **Tarifst. 73 (Vollmachtsstempel).** Die den Banken und Bankiers in deren Geschäftsbedingungen von den Kunden erteilten Ermächtigungen, die für letztere bei ihnen ruhenden Aktien in allen Generalversammlungen zu vertreten und das Stimmrecht ausüben zu lassen, sind nicht stempelfreie Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, sondern selbständige nach Tarifst. 73 stempelpflichtige Vollmachtserklärungen.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. April 1905. 420. 05.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 105 zu Nr. 10 mitgeteilt).

* * *

Nr. 41. **Tarifst. 73 (Vollmachtsstempel).** Die im Stempelauslande ausgestellten Vollmachtsurkunden sind nach Tarifst. 73 stempelpflichtig, wenn die von den Bevollmächtigten wahrzunehmenden Geschäfte nur im Stempelinlande auszuführen sind.

Urt. des VII. ZivSen. vom 23. Oktober 1906. 625. 05.

(Der Inhalt des Urteils ist oben S. 101 zu Nr. 3 mitgeteilt).

* * *

Nr. 42. **Tarifst. 73 (Vollmachtsstempel. Bevollmächtigung mehrerer Personen).** a) Für die Frage, ob in der in einer Urkunde mehreren Personen erteilten Vollmacht die Ausstellung einer Vollmacht oder mehrere Vollmachten zu erblicken ist, ist die sachliche Seite des durch die Bevollmächtigung begründeten Rechtsverhältnisses maßgebend (Erteilung einer Prozeßvollmacht an mehrere Anwälte ꝛc).
b) Die mehreren Personen in einer Urkunde dahin erteilte Generalvollmacht, daß zwar alle zusammen handeln können, aber auch jeder einzelne befugt ist, für sich allein ohne Zuziehung der anderen den Vollmachtgeber zu vertreten, stellt eine Mehrheit von Generalvollmachten dar, deren jede für sich stempelpflichtig ist.

Urt. des VII. ZivSen. vom 7. Februar 1905. 310. 04.

In zwei Notarialsurkunden von verschiedenem Datum hatten die sämtlichen Mitglieder des Grubenvorstandes einer Gewerkschaft drei von ihnen zu „Substituten und Bevollmächtigten des Grubenvorstandes und der Gewerkschaft" bestellt. In den Urkunden hieß es nach Aufzählung der einzelnen Befugnisse der Bevollmächtigten:

„Sie sind überhaupt befugt, alles auszuüben, was nach dem Gesetz zu den Befugnissen eines Grubenvorstandes gehört. Sie sind ferner befugt, sowohl alle zusammen, als auch jeder einzelne für sich ohne Zuziehung des andere auf Grund dieser Vollmacht die Gewerkschaft resp. deren Vorstand zu vertreten."

Zu jeder der beiden Urkunden wurde der dreifache Stempel für eine Generalvollmacht erhoben. Die Gewerkschaft hielt bei jeder Urkunde nur den einfachen Stempel für eine Generalvollmacht für erforderlich und verlangte den Mehrbetrag klagend zurück. Das RG. wies, in Abweichung von dem Berufungsrichter, die Klage aus folgenden Gründen ab:

Zur Begründung des Klageanspruchs beruft sich die Klägerin zunächst auf die Entstehungsgeschichte der Tarifst. 73 (Vollmachten usw.) des StempStG v. 31. 7. 95, nach der anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber eine Vollmacht, in der eine Person mehrere, nicht zu gemeinschaftlicher Vertretung berufene Bevollmächtigte bestellt, nur dem einmaligen Vollmachtstempel habe unterwerfen wollen. Diese Annahme ist aber ungerechtfertigt. Der Abs. 6 der Tarifst. Vollmachten (Nr. 75) der Regierungsvorlage zum genannten Gesetz lautete:

„Zu Vollmachten, in denen mehrere, nicht in einer Erb- oder sonstigen Rechtsgemeinschaft stehende Personen einen Bevollmächtigten bestellen, oder eine Person mehrere, nicht zu gemeinschaftlicher Vertretung berufene Bevollmächtigte bestellt, ist der Vollmachtstempel so oft zu verwenden, als auf Seiten der Vollmachtgeber oder der Bevollmächtigten Personen vorhanden sind."

Diese Bestimmung ist, soweit sie die Bestellung mehrerer Bevollmächtigter durch einen Machtgeber

zum Gegenstand hat, bei der zweiten Beratung des Gesetzes im Abgeordnetenhause auf Antrag des Abg. Dr. Oswald beseitigt worden, obschon der Finanzminister diesen Antrag wegen seiner zu allgemeinen Fassung als zu weit gehend bezeichnet hatte. (Verhdl. des AbgHauses 1895 S. 2365, 2366.) Aus dieser Streichung ist zwar zu folgern, daß nicht schon der Umstand, daß ein Machtgeber mehrere nicht zur gemeinschaftlichen Vertretung berufene Bevollmächtigte bestellt, für sich allein dazu führen soll, den Stempel so oft zu verwenden, als Bevollmächtigte vorhanden sind. Keineswegs darf aber aus dieser Streichung die Absicht entnommen werden, die allgemeinen Grundsätze des Stempelsteuergesetzes über die Versteuerung mehrerer in derselben Urkunde enthaltene Gegenstände bei derartigen Vollmachten auszuschl eßen. Mit Recht erachtet daher der Berufungsrichter die diese Grundsätze enthaltenden Bestimmungen des § 10 des G. für die Entscheidung als maßgebend. Die von ihm diesen Bestimmungen für den vorliegenden Fall gegebene Art der Anwendung beruht aber auf Rechtsverletzung. Er nimmt an, die in jeder der beiden Urkunden enthaltene Bevollmächtigung stelle ein einheitliches Geschäft im Sinne des Abs. 3 des § 10 dar, weil anzunehmen sei, daß im Verhältnis nach innen die beurkundeten Vollmachtsverträge das gemeinschaftliche Handeln der mehreren Bevollmächtigten zum Gegenstand hätten und daß nur nach außen hin dem Einzelnen Ermächtigung zur Vertretung erteilt sei. Diese Annahme geht über die Grenzen einer zulässigen Urkundenauslegung hinaus und verstößt gegen den Grundsatz des § 3 Abs. 1 des StempStG., inhalts dessen die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde sich nach ihrem Inhalte richtet. Die Urkunden ergeben nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß im Verhältnis nach innen, d. h. hinsichtlich der Grenzen der Befugnisse der einzelnen Bevollmächtigten untereinander, die Vollmacht dahin zu verstehen sei, daß die Bevollmächtigten nur gemeinschaftlich, oder doch im gegenseitigen Einverständnisse handeln sollten. Vielmehr spricht der Wortlaut der Urkunden, die Bevollmächtigten sollten befugt sein, „sowohl alle zusammen als auch jeder einzelne für sich ohne Zuziehung des anderen" die Gewerkschaft zu vertreten, gegen die Annahme irgend einer Einschränkung der Befugnisse der einzelnen auch nach innen hin. Wäre aber selbst eine solche Einschränkung nach innen hin urkundlich zum Ausdruck gelangt, so würde das für die Stempelpflichtigkeit ohne Einfluß sein. Die Vollmachtsurkunde ist gerade dazu bestimmt, die Bevollmächtigten nach außen hin nämlich gegenüber dritten Personen für den Abschluß von Rechtsgeschäften namens des Machtgebers zu legitimieren. Wäre in der Urkunde verfügt, daß zwar die mehreren Bevollmächtigten unter sich gegenüber der Klägerin verpflichtet wären, nur beim Vorhandensein ihres gegenseitigen Einverständnisses Vertretungshandlungen als einzelne vorzunehmen, daß aber nach außen hin jeder einzelne ohne den Nachweis eines solchen Einverständnisses zur vollen Vertretung selbständig befugt sei, so würde auch mangels eines solchen Einverständnisses die Klägerin dem Dritten gegenüber durch die Vertretungshandlung des einzelnen Bevollmächtigten gebunden sein. Es kommt hiernach für die Stempelpflichtigkeit nur darauf an, ob die nach außen hin wirkende Bevollmächtigung der drei Vertreter als ein einheitliches Geschäft anzusehen ist. Das muß verneint werden. Die Annahme einer einheitlichen Bevollmächtigung wird nicht dadurch bedingt, daß dem Machtgeber nur eine einzelne Person als Bevollmächtigter gegenübersteht. Es kann z. B. nicht zweifelhaft sein, daß einerseits der Vollmachtstempel zweimal (nach Abs. 1 und nach Abs. 4 der Tarifst. 73) zu erheben ist, wenn der Machtgeber einem anderen in derselben Urkunde eine Prozeßvollmacht und eine Vollmacht zur Auflassung eines dem Machtgeber gehörigen Grundstücks erteilt und daß andererseits der Vollmachtstempel nur einmal in Ansatz kommt, wenn der Machtgeber in derselben Urkunde zwei andere Personen ermächtigt, sei es gemeinschaftlich, sei es jeder für sich, dasselbe Grundstück aufzulassen. Vielmehr ist nur aus der sachlichen Seite des durch die Bevollmächtigung begründeten Rechtsverhältnisses zu entnehmen, ob eine Vollmacht oder eine Mehrheit von solchen vorliegt. Nur wenn das Rechtsgeschäft, dessen Ausführung den Gegenstand der Ermächtigung bildet, ein einheitliches ist, kann auch die Ermächtigung selbst als eine einheitliche Rechtshandlung angesehen werden. Von diesem Gesichtspunkt aus ist auch die Erteilung einer Prozeßvollmacht an zwei Rechtsanwälte als eine nur einfach zu versteuernde Bevollmächtigung angesehen worden (Urt. des RG. bei Gruchot 32, 1075); die Prozeßführung für einen anderen ist, obschon sie sich aus einer Reihe von Einzelhandlungen zusammensetzt, rechtlich als ein einheitliches Geschäft anzusehen, wie sich schon aus der rechtlichen Zusammenfassung dieser Einzelhandlungen zu dem einheitlichen Begriffe der Prozeßvollmacht in den §§ 80 und 81 der ZPO. ergibt. Hier hand lt es sich um eine Generalvollmacht, die zur Vornahme aller nach der Geschäftsart sehr verschiedenen Geschäfte ermächtigt, deren Ausführung innerhalb der Befugnisse eines Grubenvorstandes liegt. Derartige Generalvollmachten sind zwar, soweit sie einem einzelnen erteilt werden, auch im Sinne des Stempelrechts als einheitliche, nur dem einmaligen Vollmachtstempel unterliegende Geschäfte anzuerkennen, was sich daraus ergibt, daß im Abs. 1 der Tarifst. 73 für sie ein besonderer, einheitlicher Steuersatz bestimmt ist. Die Frage jedoch, ob die Erteilung einer Generalvollmacht an mehrere, nicht zu gemeinschaftlicher Vertretung berufene Personen ein einheitliches Geschäft darstellt, ist lediglich nach § 10 des StempStG. zu beurteilen, weil sich hier auch sachlich eine Verschiedenheit ergibt. Da im vorliegenden Falle jeder der Bevollmächtigten nach außen hin selbständig, ohne das Einverständnis, ja sogar gegen den Willen der übrigen rechtlich bindende Vertretungshandlungen vornehmen darf, so ist es nicht ausgeschlossen, daß zu demselben Zeitpunkte jeder der drei Bevollmächtigten andere und anders geartete Rechtsgeschäfte für den Machtgeber giltig vornimmt. Unter diesen Rechtsgeschäften besteht eine rechtliche Verknüpfung nur insofern, als sie Geschäfte einer Vermögensverwaltung darstellen, daß also bei ihnen der Geschäftsherr eine und dieselbe Person ist. Das genügt aber zur Annahme einer rechtlichen Einheit der Geschäfte nicht, denn ein Geschäftsherr kann selbst oder durch seine Vertreter bei der Verwaltung seines Vermögens die verschiedenartigsten, rechtlich selbständigen Einzelgeschäfte vornehmen. Ist hiernach der Gegenstand der beiden vorliegenden Vollmachtsurkunden kein einheitlicher, sondern ein dreifacher, so ist auch das Geschäft der Vollmachtserteilung selbst kein einheitliches, setzt sich vielmehr bei jeder der Urkunden aus drei Einzelgeschäften zusammen, die nicht als Bestandteile eines einheitlichen nach dem Tarif steuerpflichtigen Geschäfts sich darstellen, Für jede der beiden Urkunden ist hiernach der Generalvollmachtstempel dreimal zu entrichten.

* * *

Nr. 43. **Tarifst. 77 (Amtliche Zeugnisse in Privatsachen).** Die von den Grenzzollämtern (oder Hauptsteuerämtern) auszustellenden Ursprungszeugnisse über Zucker, der in einen der Staaten eingeführt werden

soll, die zusammen mit Deutschland die Brüsseler Zuckerkonvention vom 5. März 1902 abgeschlossen haben, sind nach Tarifst. 77 stempelpflichtige amtliche Zeugnisse in Privatsachen.

Urt. des VII. ZivSen. vom 16. Juni 1905. 178. 05.

Eine Zuckersiederei ließ sich 1904 in dem Hauptsteueramte I in Stettin ein Ursprungsattest über eine größere Menge von Zucker ausstellen, welche sie nach England auszuführen beabsichtigte und welche zu dem Zweck in einen Dampfer verladen worden war. Zu diesem Ursprungsattest verwendete das Hauptsteueramt einen Stempel von 1,50 Mk. Die Zuckersiederei bezahlte diesen Stempel, forderte ihn alsdann aber mit Klage zurück, indem sie geltend machte: Es liege hier nicht ein nach Tarifst. 77 des StempStG. v. 31. 7. 95 zu verstempelndes amtliches Attest in Privatsachen vor, sondern der Zweck dieses Attestes sei ein völkerrechtlicher und öffentlich rechtlicher. Nach dem zwischen dem Deutschen Staat und einer Anzahl von anderen Staaten geschlossenen Staatsvertrage v. 5. 3. 02, der sog. Brüsseler Konvention und einem dazu am 20. 6. 03 ergangenen Beschlusse der zur Ausführung der Konvention eingesetzten Kommission müsse nämlich der von einem Vertragsstaate in den anderen Vertragsstaat eingeführte Zucker zur Sicherung der Ausführung des Vertrages von einem Ursprungsattest begleitet sein. Diesem Zwecke diene das Attest. Danach erfolge dessen Ausstellung nicht im Privatinteresse des Zuckerexporteurs; denn diesem liege nur daran, daß die Konvention auf ihn Anwendung finde, in welchem Recht das Deutsche Reich ihn zu schützen habe, es sei ihm aber gleichgültig, in welcher Weise die Kontrolle zur Sicherung der Zwecke des Staatsvertrages in den Vertragsstaaten geübt werde. Alle Instanzen wiesen die Klage ab. Gründe des Revisionsurteils lauten im wesentlichen folgendermaßen:

Die sog. Brüsseler Zuckerkonvention v. 5. 3. 02 ist von Deutschland, England und einer Anzahl anderer Staaten abgeschlossen worden, um die Bedingungen für den Wettbewerb zwischen dem Rüben- und Rohrzucker der einzelnen Länder auszugleichen und die Ausdehnung des Zuckerverbrauchs zu fördern. Zu diesem Zwecke haben die vertragschließenden Staaten gegen einander folgende Verpflichtungen übernommen: 1. Weder direkte noch indirekte Prämien für die Erzeugung oder die Ausfuhr von Zucker zu gewähren; 2. den Zucker, der aus den Vertragsstaaten stammt, zum niedrigsten Einfuhrzolle zuzulassen; 3. den Zucker, der aus Ländern stammt, welche für die Erzeugung oder die Ausfuhr Prämien bewilligen, bei der Einfuhr mit einem besonderen, nicht unter dem Betrage der Prämie zurückbleibenden Zolle zu belegen; 4. die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, daß prämiierter Zucker, der durch das Gebiet eines Vertragsstaates durchgeführt worden ist, auf dem Bestimmungsmarkte die Vorteile dieses Vertrages genießt. In letzterer Hinsicht sollte die ständige Kommission in Brüssel, die durch den Vertrag zur Überwachung der Ausführung der Vertragsbestimmungen eingesetzt worden ist, die nötigen Vorschläge machen. Die Kommission hat dies getan. Sie hat in ihrer Sitzung vom 20. 6. 03 folgende Vorschläge beschlossen: 1. Daß ausländischer Zucker, der in einen Vertragsstaat eingeht, um dort verkauft, raffiniert oder umgearbeitet zu werden, von einem Ursprungszeugnisse begleitet sein muß und daß der von einem solchen Zeugnisse nicht begleitete Zucker entweder überhaupt nicht oder nur gegen Zahlung des höchsten, von der ständigen Kommission festgesetzten besonderen Zolles zugelassen werden darf; 2. daß das Zeugnis in dem Erzeugungs-, Herkunfts- oder Umarbeitungslande durch die von der Regierung dieses Landes zu bezeichnende fiskalische Behörde auszustellen ist, und daß 3. die Zeugnisse einen näher angegebenen Inhalt haben müssen.

Diese Vorschläge wurden, wie mit Grund angenommen wird (s. W. Kaufmann Welt-Zuckerindustrie und internationales und koloniales Recht (1904) 252) durch das Schweigen der Verbandsstaaten allerdings für diese bindend, allein damit erhielten sie noch nicht nach außen hin für die praktische Anwendung unmittelbare Wirksamkeit. Diese erlangten sie vielmehr erst dadurch, daß die einzelnen Vertragsstaaten dementsprechende Anordnungen erließen (s. auch Kaufmann a. a. O. 180).

In England, um welches es sich im gegenwärtigen Falle handelt, ist auf Grund eines Gesetzes (the Sugar Convention Act 1903) v. 11. 8. 03 durch Königl. Verordnung vom selbigen Tage angeordnet worden, 1. daß aller vom Auslande eingeführter Zucker mit einem Ursprungszeugnis begleitet sein muß und daß die Einfuhr des solchen Zeugnisses ermangelnden Zuckers verboten ist; 2. daß das Ursprungszeugnis den von der ständigen Brüsseler Kommission angegebenen Inhalt haben soll; 3. daß das Zeugnis von der zuständigen fiskalischen Behörde des Ausfuhrstaates ausgestellt sein muß.

Die Sache liegt also so, daß die Einfuhrstaaten, hier England, die Beibringung von Ursprungszeugnissen vorgeschrieben haben und daß die Ausfuhrstaaten, hier das Deutsche Reich, ihre Mitwirkung dazu in der Weise geliehen haben, daß sie die fiskalischen Behörden, welche nach dem Erfordern der Einfuhrstaaten das Zeugnis ausstellen sollen, bezeichnet und sie angewiesen haben, auf Antrag der Exporteure diesen das angegebene von der ständigen Kommission vorgeschlagene und von dem Einfuhrstaate angenommene Zeugnis auszustellen. In Preußen ist diese Anweisung erfolgt durch den an die Provinzialsteuerdirektoren gerichteten Erlaß des Finanzministers v. 22. 8. 03, in welchem bestimmt ist, daß beim Ausgang von Zucker auf Antrag Ursprungszeugnisse nach einem den Beschlüssen der Brüsseler Kommission entsprechenden Muster auszustellen sind und zwar in der Regel durch die Grenzzollämter, in besonderen durch örtliche Verhältnisse bedingten Verhältnissen aber durch andere Behörden. (In Stettin ist bei Ausführung auf dem Wasserwege das dortige Hauptsteueramt hierzu berufen worden.) Es ergibt sich hieraus, daß die Klägerin die Sachlage völlig verkennt, wenn sie geltend macht, die Vertragsstaaten hätten ihren Bürgern, also das Deutsche Reich seinen Angehörigen zur Kontrolle der für sie geschaffenen Rechte die Pflicht zur Erwirkung eines Ursprungszeugnisses auferlegt. Diese Pflicht ist in Wahrheit nicht den Exporteuren von dem Ausfuhrstaat, sondern von dem Einfuhrstaat den Importeuren auferlegt, im gegenwärtigen Falle also der importierenden Klägerin von England. Es ist auch nicht richtig, wenn die Revision ausführt, der Fall liege anders, wenn es sich um Ursprungszeugnisse handele, die lediglich zu dem Zwecke gefordert würden, um einseitig von einem Auslandsstaat für seine Einfuhr aufgestellte Bedingungen zu erfüllen. Es ist nicht einzusehen, wie es für die Beurteilung der Frage, ob das Ursprungsattest von dem Exporteur in seinem Privatinteresse verlangt wird, einen Unterschied soll begründen können, ob der Staat, in welchen er seine Ware einführen will, das Erfordernis des Ursprungsattestes aus eigener, rechtlich freier Entschließung aufgestellt hat oder ob er solches getan hat, weil er hierzu durch Verträge mit anderen Staaten, also völkerrechtlich, verbunden war. Es handelt sich in beiden Fällen gleich-

heitlich um eine staatliche Einrichtung, welcher der Importeur in beiden Fällen gleich gegenübersteht. Will er importieren, so muß er sich ihr unterwerfen. Entspricht er ihr nicht, so verschließt er sich entweder ganz die Möglichkeit der Einfuhr, wie dies nach den englischen Bestimmungen der Fall ist, oder er ladet einen anderen Nachteil in Gestalt eines höheren Zolls auf sich. Es ist seine Privatsache, ob er importieren will oder nicht und er verfolgt nur seinen Privatvorteil, weiter nichts, wenn er die Bestimmungen des Einfuhrstaates über die Einfuhr erfüllt. Schon diese Betrachtung des Verhältnisses des Importeurs zum Einfuhrstaat zeigt entscheidend, daß die Anwendung der Tarifst. 77 auf die Ursprungszeugnisse gerechtfertigt ist. Nicht minder aber gilt dies, wenn man das Verhältnis des Exporteurs zum Ausfuhrstaat, hier also das der Klägerin zum Deutschen Reich bezw. zu Preußen, ins Auge faßt. Die Klägerin hat in diesem Rechtsstreit ständig das Hauptgewicht darauf gelegt, daß das Deutsche Reich (bezw. der einzelne Bundesstaat) völkerrechtlich verpflichtet sei, im Interesse der Ausführung der Brüsseler Konvention, nämlich zur Verhinderung dessen, daß prämiierter Zucker aus Nichtverbandsstaaten auf dem Wege der Ausfuhr aus Verbandsstaaten am Bestimmungsmarkt die Vorteile der Konvention genieße, Ursprungszeugnisse auszustellen, und daß das Deutsche Reich seinen Untertanen gegenüber gehalten sei, zu ihren Gunsten von den anderen Vertragsstaaten die Anwendung der Vertragsbestimmungen zu verlangen. Alle diese Ausführungen treffen indessen ihr Ziel nicht. Gewiß erfüllt das Deutsche Reich den anderen Staaten gegenüber eine völkerrechtliche Verbindlichkeit, wenn es die durch die Beschlüsse der Brüsseler Kommission erforderten Ursprungszeugnisse den inländischen Exporteuren auf deren Begehren ausstellt. Allein sein Verhältnis den Exporteuren gegenüber ist in Ansehung der Ursprungszeugnisse kein anderes in diesem Falle als in demjenigen, in welchem er solche Zeugnisse ausstellt für den Export in Nichtverbandsstaaten, die ebenfalls solche Urkunden erfordern. Er handelt in beiden Fällen gleichmäßig im allgemeinen staatlichen Interesse, denn auch zur Abschließung des völkerrechtlichen Vertrages der Brüsseler Konvention ist er nur durch dieses Interesse veranlaßt worden. Es liegt also zweifellos in der Anordnung der Ausstellung von Ursprungszeugnissen eine allgemeine und im Allgemeininteresse getroffene staatliche Einrichtung vor ohne Unterschied, ob zu ihr noch ein besonderer völkervertraglicher Grund gegeben war oder nicht. Allein dies hat nur Geltung für die Einrichtung als solche und in ihrer Allgemeinheit. Ihre Anwendung im einzelnen Fall, also die Ausstellung des einzelnen Ursprungszeugnisses erfolgt dagegen lediglich und ausschließlich im Privatinteresse desjenigen Exporteurs, der diese Ausstellung begehrt. Es erweisen sich auch hiernach die Ausführungen der Revisionsklägerin, daß die Ausstellung des erforderten Ursprungszeugnisses nicht oder nicht vorwiegend in ihrem Privatinteresse, sondern allein oder vorwiegend im öffentlichen Interesse erfolgt und das Zeugnis daher nicht in einer Privatsache erteilt sei, als verfehlt.

* * *

Nr. 44. **Tarifst. 77 (Amtliche Zeugnisse in Privatsachen. Befreiungsvorschrift e).** Die in dieser Befreiungsvorschrift angeordnete Stempelfreiheit von Beglaubigungen unter Anträgen und Erklärungen, die zu Eintragungen und Löschungen in Grundbüchern erforderlich sind, erstreckt sich nur auf Eintragungen und Löschungen in preußischen Grundbüchern, nicht auf solche in außerpreußischen Grundbüchern Deutschlands.

Urt. des VII. ZivSen. vom 12. Mai 1905. 479. 04.

Aus den Gründen des Urteils:

Beide Vorinstanzen haben die Befreiungsvorschrift unter litt. e der Tarifst. 77 dahin ausgelegt hin, daß sie sich nur auf Eintragungen in preußische Grundbücher beziehe; diese Auslegung ist zutreffend. Schon eine einfache allgemeine Erwägung führt zu diesem Ergebnis. Das preuß. StempG. vom 31. 7. 95 ist ein Finanzgesetz, welches dem preußischen Staat Einnahmen zuführen soll. Wenn nun der preußische Staat auf Einnahmen, die ihm an sich nach diesem Gesetz zufließen müßten, auf Grund einer Befreiungsvorschrift verzichtet, so liegt auf der Hand, daß er, — wenn nicht das Reichsinteresse oder etwaige Reziprozitätsverträge mit anderen Staaten etwas anderes bedingen, Fälle, die hier nicht vorliegen, — zu einem solchen Verzicht doch nur aus eigenen staatlichen Interessen bewogen sein kann. Dafür daß er, abgesehen von den vorbezeichneten Fällen, lediglich aus Interesse für andere deutsche Staaten von einer ihm sonst zukommenden Einnahme absehen sollte, fehlt für den preuß. Staat jeder Anlaß. Bereits hieraus erhellt, daß die Befreiungsvorschrift nur im Hinblick auf Eintragungen in preuß. Grundbücher gegeben sein kann. Dies wird denn auch positiv durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. Die Vorschrift entspricht der Bestimmung im § 2 Nr. 6 des G. vom 26. 3. 73 betr. die Aufhebung und Ermäßigung an Stempelabgaben (bezw. dem § 2 Nr. 1 des G. vom 21. 3. 82) d. h. sie ist hieraus übernommen. Diese Bestimmung, die erst im Plenum des Abgeordnetenhauses auf Antrag des Abg. Bahlmann in jenes Gesetz aufgenommen wurde, verfolgte nach der ihm von diesem Abgeordneten gegebenen Begründung einen doppelten Zweck. Sie sollte in Einklang mit der bei Erlaß der neuen Grundbuchgesetze bestehenden Absicht, die Kosten und Stempel möglichst herabzusetzen, verhindern, daß entgegen dieser Absicht durch die Stempelpflichtigkeit des Beglaubigungsvermerks die Kosten erhöht würden. Sie sollte aber vor allem verhindern, daß die Grundbuchämter mit der Aufnahme solcher Anträge überhäuft würden, da für die bei ihnen aufgenommenen Anträge der Stempel nicht zu erlegen war, während er ohne die Vorschrift bei den von den Notaren beglaubigten Anträgen zum Ansatz zu bringen war. (Es wird weiter ausgeführt, daß beide gesetzgebenden Faktoren über diesen Sinn der Bestimmung bei deren Aufnahme in das G. v. 30. 7. 95 stillschweigend einig waren.) Daß das Wort „preußisch" nicht ausdrücklich in der Bestimmung enthalten ist, ist gleichgültig. Für das Stempelgesetz gilt, wie für jedes andere Gesetz der Auslegungsgrundsatz, daß nicht am Wort zu haften, sondern der Sinn zu erforschen ist, und daß daher auch eine den Wortlaut nach dem Sinn einschränkende Auslegung möglich und zulässig ist. Im übrigen versteht es sich auch ganz von selbst, daß, wenn in einem für das preußische Staatsgebiet erlassenen Gesetze von staatlichen Einrichtungen die Rede ist, zunächst anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber die preußischen Einrichtungen im Auge gehabt hat, nicht diejenigen anderer Staaten, es sei denn, daß ein besonderer, hier ermangelnder Nachweis dafür erbracht würde. Es bedurfte also garnicht erst des Zusatzes „preußisch". An diesem Sinn und dieser Auslegung des Stempelgesetzes ist durch die Einführung des BGB. und der Reichs-Grundbuchordnung nichts geändert worden. Grund und Zweck der Befreiungsvorschrift haben, wie sich aus Vor-

stehendem ergibt, nichts damit zu tun, ob in anderen deutschen Staaten öffentliche das Eigentum und die Belastung von Grundstücken betreffende Bücher bestehen, deren Einrichtung, Führung und Bedeutung den in Preußen bestehenden Büchern dieser Art gleichen und ob diese Übereinstimmung auf Landesgesetz oder Reichsgesetz beruht. Maßgebend ist allein der Gesichtspunkt, daß es sich hier um landesrechtliche Interessen und landesgesetzliche Bestimmungen handelt, da, abgesehen von den durch das RStempG. betroffenen Fällen die Stempelgesetzgebung sowohl wie auch die Kostengesetzgebung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Landesrecht überlassen ist Die getroffene Entscheidung müßte deshalb genau ebenso ausfallen, auch wenn das preuß. Stempelgesetz erst nach Inkrafttreten des BGB. erlassen wäre. Die entgegenstehende Ansicht im Kommentar von Heinitz zum StempG. kann nicht für richtig gehalten werden.

* * *

Tantiemensteuer*). Der durch Tarif Nr. 9 des Reichsstempelgesetzes v. 3. Juni 1906 neu eingeführten Tantiemensteuer sind diejenigen Tantiemen, die für ein vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes (1. 7. 06) beendigtes Geschäftsjahr gewährt sind, auch dann nicht unterworfen, wenn sie erst durch einen nach diesem Zeitpunkt, also nach dem 1. Juli 1907, gefaßten Generalversammlungsbeschluß festgestellt worden sind.

Urt. des RG. VII. ZivSen. vom 19. Nov. 1907. (Fiskus c/a. Uhls Hotelbetriebs-Aktiengesellschaft, VII, 352. 07.)

*) Die Entscheidungsgründe werden in der ersten Nr. dieser Monatsschrift für das Jahr 1908 mitgeteilt werden. Die gesetzlichen Bestimmungen lauten wie folgt:

Tarif Nr. 9 (Vergütungen): „Die Aufstellungen der Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften m. b. H über die Höhe der gesamten Vergütungen (Gewinnanteile, Tantiemen, Gehälter usw.) die den zur Überwachung der Geschäftsführung bestellten Personen (Mitgliedern des Aufsichtsrats) seit der letzten Bilanzaufstellung gewährt worden sind. Steuersatz 8 vom Hundert." Abs. 3. „Werden Tagegelder im Betrage von mehr als 50 Mk. für den Tag gezahlt, so ist der Mehrbetrag als versteuerbare Tantieme zu versteuern. Reisegelder, die den Betrag der baren Auslagen übersteigen, werden ebenfalls als Tantiemen betrachtet. Die hierauf bezüglichen §§ 63 bis 67 des Gesetzes haben folgenden Wortlaut:

§ 63. Die Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. haben bei Aufstellung der Jahresbilanz eine besondere Aufstellung anzufertigen, aus der zu ersehen ist die Summe der gesamten Vergütungen (Gewinnanteile, Tantiemen, Gehälter, Tagegelder, Reisegelder) Abs. 3 Tarifnummer 9 die den zur Überwachung der Geschäftsführung bestellten Personen (Mitgliedern des Aufsichtsrats) seit der letzten Bilanzaufstellung gewährt worden sind.

§ 64. „Die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgabe liegt dem Vorstande, der persönlich haftenden Gesellschaften, bezw. den Geschäftsführern der in § 63 genannten Gesellschaften ob, die Abgabe ist von der Gesellschaft zu Lasten der zum Bezuge der Vergütungen berechtigten Personen zu entrichten.

§ 65. Die Verpflichtung zur Stempelentrichtung wird erfüllt durch Verwendung von Vordrucken, die vor dem Gebrauch vorschriftsmäßig abgestempelt sind, oder von Stempelmarken nach näherer Anordnung des Bundesrats. Dem Bundesrat steht auch die Bestimmung darüber zu, ob und in welchen Fällen die Entrichtung der Abgabe ohne Verwendung von Stempelzeichen erfolgen darf.

§ 66. Bei Nichterfüllung der vorbezeichneten Verpflichtung werden die Mitglieder des Vorstandes, die persönlich haftenden Gesellschafter bezw. die Geschäftsführer der Gesellschaft mit einer Geldstrafe belegt, welche das Zwanzigfache des hinterzogenen Stempels beträgt.

Literatur.

Cosack, Konrad, Professor, Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft. Gießen, Alfred Töpelmann. Mk. 0,80.

Der Verfasser vertritt für den Fall des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft die Auffassung, daß die aus der Aktie erwachsenden Rechte und Pflichten solange ruhen, als die Aktie im Besitze der Gesellschaft ist. In Verfolg dieser Ansicht versagt er der Gesellschaft auch das Recht auf Dividende, wie auch Bezugsrechte und Anrecht auf die Liquidationsquote. Die Theorie führt zu praktisch durchaus unhaltbaren Konsequenzen. Wenn der Autor ihr namentlich deshalb den Vorzug geben will, weil nur dadurch ermöglicht werde, der Gesellschaft das bedenkliche Stimmrecht zu versagen, so wäre dem entgegen zu halten, daß neben den beiden erörterten Möglichkeiten, Vollrecht aus der Aktie und Ruhen des Mitgliedschaftsrechtes, noch eine dritte ins Auge zu fassen wäre, Fortbestand des reinen Vermögensrechtes und Ruhen des Mitgliedschaftsrechts im engeren Sinn, und daß diese dritte Theorie vielleicht am leichtesten und praktischsten über die Schwierigkeiten der Frage hinweghilft. H.

Fuhrmann, Dr. jur. D., Genußaktien und Genußscheine. Bern. Scheitlin, Spring & Co. und Wien, Manz'sche Verlagsbuchhandlung. 2,40 Kr.

Der Verfasser sucht die rechtliche Natur der unter dem Namen von Genußscheinen und Genußaktien kursierenden Wertpapiere in ihrer mannigfachen Gestaltung festzustellen, wobei er neben dem deutschen und österreichischen Recht namentlich das französische wie auch das englische und italienische berücksichtigt. Er scheidet, entsprechend dem Titel, Genußaktien, d. h. alle an Stelle verloster Aktien ausgegebenen Genußtitel, die das durch die Verlosung veränderte Aktienrecht beurkunden, sowie Genußscheine, die aus verschiedenartigen Ursachen entstehen können, aber nur Forderungs- nicht Gesellschaftsrechte verbriefen. H.

Juristenzeitung, deutsche, Gesammtregister zu Jahrgang 1—10. Bearbeitet von Arthur Schindler, Berlin. Otto Liebmann. Mk. 4,80.

Könige, Heinrich, Reichsgerichtsrat, Strauz, Dr. Josef, Justizrat und Pinner, Albert, Justizrat, Staub's Kommentar zum HGB. 8. Aufl., Band 2, 2. Hälfte. Berlin, J. Guttentag.

Mit der vorliegenden Lieferung ist die Neubearbeitung des Staub'schen Kommentars vollendet. Die Aufgabe, vor die sich die Bearbeiter gestellt sahen, war keine leichte. Auf der einen Seite galt es, ein unentbehrliches Rüstzeug des deutschen Juristen vor dem Rost des Alterns zu wahren, auf der anderen, ein in seiner Art klassisches Werk in seiner Eigenheit zu erhalten und die wissenschaftliche Überzeugung mit der Pietät vor einem großen Namen in Einklang zu bringen. Die Bearbeiter haben diese Schwierigkeiten auf das glücklichste überwunden, und der Dank der deutschen Juristenwelt gebührt ihnen für die Lösung des an sich nicht allzu dankbaren Problems. War der alte Staub uns in jeder praktischen Frage bisher ein Berater, der nie im Stiche ließ, so ist uns diese bewährte Grundlage erhalten geblieben und ausgebaut worden durch die diskrete und doch erschöpfende Beifügung der Ergebnisse der neuesten Rechtsprechung und Literatur. Es kann hier nicht Stellung genommen werden zu den Einzelfragen, in denen sich die Herausgeber von früheren Ansichten emanzipiert haben, nur an einem hätte man vielleicht nicht rühren sollen, an der eigensten Individualität des Buches, am Stile Staub's. Gerade bei einem Schriftsteller, wie Staub, liegt in seiner Ausdrucksweise — einfach, ungezwungen, volkstümlich und doch scharf treffend wie sie war — ein Teil seiner überzeugenden Kraft, wie seiner Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und ihre Stellung in unserem Kulturleben. Es mutet etwas pedantisch an, wenn an diesem Stil — mag er auch ein wenig jalopp erscheinen —, selbst dort, wo die Bearbeiter den früheren Inhalt unverändert akzeptieren, herumgedoktert wird, um ihn vielleicht grammatikalisch richtiger zu gestalten. Caesar supra grammaticos, sollte es hier heißen. Laßt uns unseren Staub in seiner alten lebendigen Sprache. Auch ein Wort zu viel oder eines nicht ganz an der richtigen Stelle schadet nichts. In einem klassischen Buch schulmeisterisch am Stil zu korrigieren, bringt die Gefahr, nahe, Nüchternheit und Langeweile an Stelle des Temperaments und der überragenden Individualität zu setzen. H.

Silbernagel, Dr., Alfred, Zivilgerichtspräsident. Die Gründung der Aktiengesellschaften nach deutschem, schweizerischen, französischen und englischen Recht. Berlin, Puttkammer und Mühlrecht. Mk. 10.

Das Werk umfaßt bei weitem mehr, als der Titel angibt, insofern es nicht nur die Gründung, sondern vielmehr das gesamte Aktienrecht mit Ausnahme des Bilanzrechtes und der Liquidation behandelt. Die Darstellung baut sich auf dem deutschen Rechte auf und gliedert die behandelten fremden Rechte in äußerst geschickter Weise an. Das Buch gibt eine umfassende Uebersicht über das behandelte Rechtsgebiet, berücksichtigt Literatur und Gerichtspraxis und zeichnet sich durch eine klare flüssige und leicht verständliche Ausdrucksweise aus. Vor Allem im Interesse der Entwickelung unseres internationalen Rechtes ist die gewählte Darstellungsweise dankbar zu begrüßen, die in übersichtlicher Form die Verschiedenheit, wie die Uebereinstimmung zeigen, mit der die hervorragenden Kulturstaaten die gleichen gesetzgeberischen Aufgaben zu lösen versuchen. H.

Wolf, Dr. B., Das Bürgerliche Gesetzbuch unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsprechung der obersten Gerichte des Deutschen Reichs. Handkommentar, herausgegeben in Verbindung mit Rechtsanwalt Dr. Neukirch, Rechtsanwalt Dr. Rosenmeyer, Dr. Telgmann. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses.

Das Werk soll nach dem Geleitwort des Herausgebers eine Stellung zwischen den umfangreichen Kommentaren und den Handausgaben mit kurzen Anmerkungen einnehmen, indem es einmal die gesamte Rechtsprechung der obersten Gerichte in gedrängtem Auszuge unter Anziehung von Parallelstellen des Reichs- und Preuß. Landesrechts darstellt, andererseits aber auch in kurzen Leitsätzen die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Literatur berücksichtigt. Dieser Plan ist in trefflichster Weise zur Ausführung gebracht. Die Rechtsprechung ist in einer außerordentlichen Reichhaltigkeit wiedergegeben, ohne daß Klarheit und Uebersicht leidet. Die Stellungnahme zu Streitfragen in Literatur und Praxis und der stete Hinweis auf die Beziehung der Einzelbestimmung zum gesamten Rechtssystem heben das Buch über eine bloße Kompilation hinaus und geben ihm selbständige literarische Bedeutung. Die Verfasser haben mit dem Werk Richter und Anwalt ein vorzügliches Werkzeug geschaffen, das nicht nur eine Hilfe in der Not des Augenblicks gewährt, sondern auch bei einer eingehenderen Prüfung von Spezialfragen die erste Arbeit der Erlangung einer zuverlässigen Uebersicht über den Stand der Rechtsprechung wesentlich erleichtert. H.

Wolters, Otto, Chiffreschlüssel der Zeitungskorrespondenzen. Hannöver. Verein deutscher Zeitungsverleger.

Verantwortlicher Redakteur:
Rechtsanwalt **Dr. Heilbrunn**, Frankfurt a. M.

Carl Heymanns Verlag in Berlin W. 8, Mauerstrasse 43/44.

Soeben gelangte zur Ausgabe:

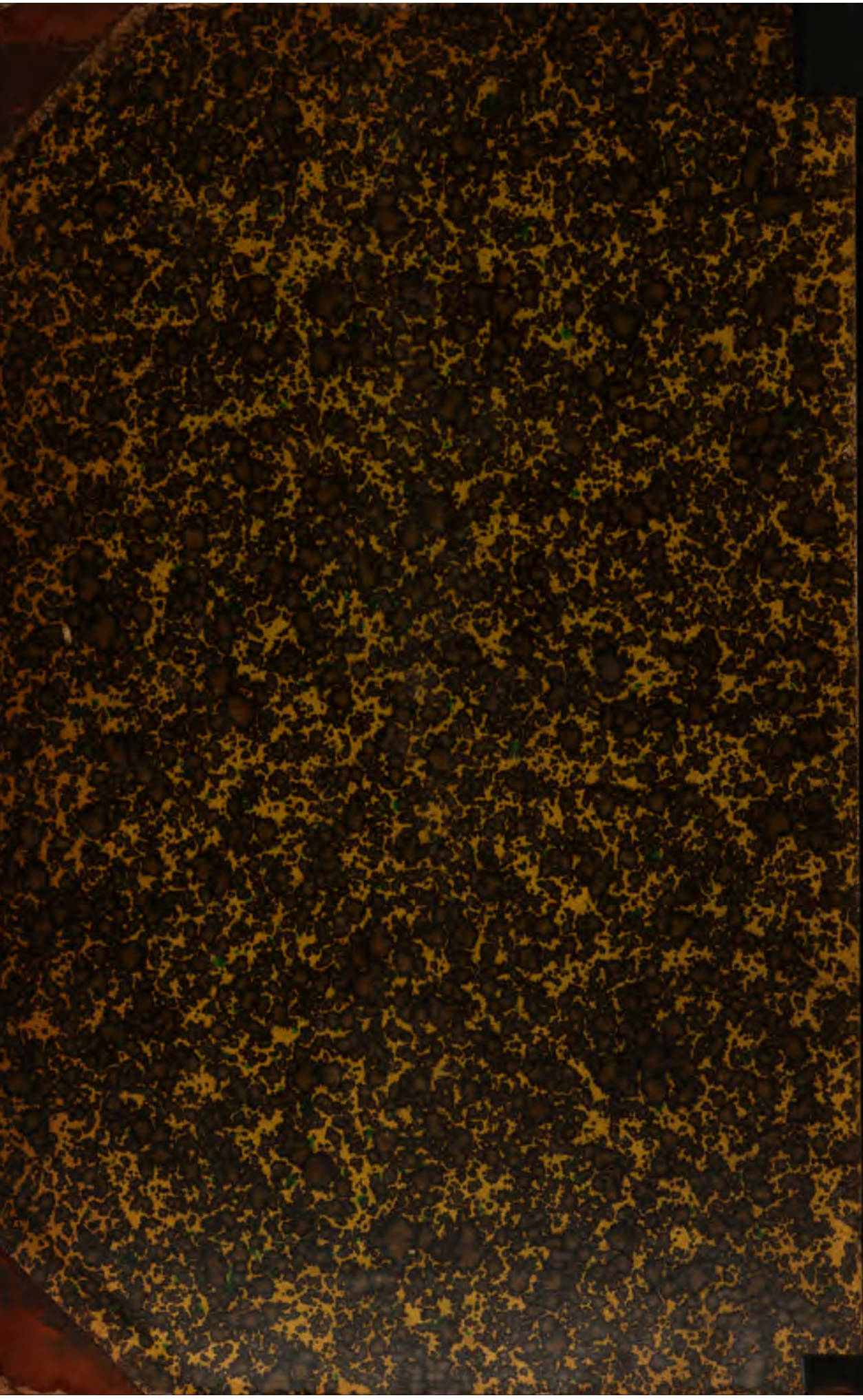
Entwurf eines Gesetzes

betreffend

Änderungen des Börsengesetzes

Dem Reichstag vorgelegt am 22. November 1907.

Preis 80 Pfg.. postfrei 90 Pfg.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W. Gedruckt bei August Koch in Neu-Isenburg.

29-